

LE DROIT FRANÇAIS DE LA FILIATION ET LA VÉRITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 1^{er} juillet 1966

PAR

MARIE-JOSÈPHE GEBLER

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. P. COULOMBEL, Professeur

Suffragants { M. D. TALLON, Doyen de la Faculté
 { M. P. LAGARDE, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot (V^e)

PARIS

1970

LE DROIT FRANÇAIS DE LA FILIATION
ET LA VÉRITÉ



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITE DE NANCY
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE DROIT FRANÇAIS DE LA FILIATION ET LA VÉRITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 1^{er} juillet 1966

PAR

MARIE-JOSÈPHE GEBLER

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. P. COULOMBEL, Professeur

Suffragants { M. D. TALLON, Doyen de la Faculté
M. P. LAGARDE, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot (V^e)

PARIS

1970

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

INTRODUCTION

Notre droit de la filiation n'a plus d'âme. Deux impératifs dominaient cette matière en 1804 : d'une part, le désir de favoriser la cohésion de la famille en matière de filiation légitime, d'autre part, le rôle exclusif de la volonté dans le domaine de la filiation naturelle. Or ces deux idées directrices ont progressivement perdu de leur force sans être remplacées par d'autres principes généraux.

Cette constatation est au point de départ de toute réflexion sur le droit de la filiation et si nous nous proposons dans cette étude de rechercher la place qu'occupe actuellement le souci de la vérité dans les préoccupations du législateur et de la jurisprudence, c'est parce que l'unité de la matière nous paraît susceptible d'être reconstituée autour de cette idée.

Dans sa définition la plus générale, la vérité est la conformité d'un jugement à une référence.

Si la référence est un système de logique, est vraie toute proposition en accord avec ce système, avec cette convention. Il s'agit dans ce cas de ce que les logiciens appellent la vérité formelle, vérité toute relative puisqu'elle ne l'est que dans un certain système de logique (1).

Au contraire, si la référence est la réalité, est vraie l'affirmation conforme au réel. On ne s'attache plus à la cohérence dans un certain système logique, mais on recherche si l'affirmation exprime bien la réalité. Il s'agit alors de ce que les logiciens appellent la vérité matérielle (2).

C'est en ce second sens que nous entendrons le mot « vérité ». Les deux données qu'une relation de conformité doit unir sont d'une

(1) C'est cette forme de vérité que recherche la Cour de Cassation : son contrôle ne s'exerce pas sur les faits eux-mêmes, mais sur leur vérité formelle. C'est la vérité du Droit qui importe, et non la vérité du fait.

(2) Sur la vérité formelle et la vérité matérielle, voir BLANCHÉ, « Introduction à la logique contemporaine », 1957, p. 10.

part, le juridique, d'autre part, le réel, et c'est ici la réalité biologique. Les termes de la comparaison apparaissent donc nettement : y a-t-il identité entre la filiation biologique et la filiation légale, entre le « donné » et le « construit », entre l'affirmation du médecin et celle du juriste ?

Précisons davantage encore ce qu'est pour nous cette vérité dont nous allons rechercher la place dans le droit français actuel de la filiation. Ce qui nous importe finalement, c'est de savoir dans quelle mesure le lien biologique se manifeste sur le plan du Droit. Une solution sera pour nous conforme à la vérité si elle tend à manifester ce lien, même s'il lui a fallu pour cela « tricher » sur certains points, sur la date de la conception par exemple (3). D'autre part, si la manifestation la plus éclatante de la vérité est la déclaration juridique du lien biologique, nous ne négligerons pas pour autant des manifestations plus discrètes. Nous considérons que la vérité est également respectée, bien que moins complètement et de manière plus dégradée, lorsque les conséquences essentielles des liens du sang sont reconnues, même si officiellement le lien de parenté ne peut être affirmé. Nous ne lions donc pas systématiquement la vérité à la proclamation juridique de la filiation. L'établissement de la filiation est une construction juridique qui vient se greffer sur le « donné ». Mais ce « donné » peut produire des effets juridiques même s'il ne se coule pas dans le « moule » de la filiation officielle. Ne révéler que la vérité « utile », celle que le corps social est capable de supporter à un moment donné de son évolution, c'est tout de même, déjà, écarter partiellement le mensonge.

La vérité dont nous nous occuperons étant ainsi caractérisée, il apparaît tout de suite que nous devons exclure de notre étude la filiation adoptive. Sans doute, en cas de conflit entre la filiation selon le sang et la filiation adoptive, le souci de la vérité biologique pourrait-il se marquer par une préférence des juges pour la filiation selon le sang (4). Mais le problème qui nous intéresse n'est pas celui de savoir, comme en matière d'adoption, si on préfère une filiation selon le sang à une filiation fictive qui ne prétend nullement avoir quelque chose de commun avec elle. Ce n'est que d'assez loin une question de

(3) On peut se demander comment il est possible que des mensonges soient parfois utilisés — et même soient nécessaires — pour arriver à la vérité ! C'est qu'en matière de filiation, les faits sont appréciés à la lumière de règles où la fiction a une grande place. On comprend donc que dans cet ensemble déformant de faits et de règles, le mensonge soit parfois le moyen de permettre à la vérité de se manifester.

(4) Cf. RAYNAUD, note au J.C.P., 1961.12371 : la famille adoptive est « une famille artificielle qui peut, certes, être précieuse, mais qui ne doit être recherchée qu'à défaut d'une *famille vraie* (c'est nous qui soulignons), c'est-à-dire qu'elle vient après la famille par le sang quand celle-ci existe ».

vérité et on ne peut pas dire qu'une solution en cette matière soit jamais contraire à la vérité. Notre problème est tout différent : il est de savoir dans quelle mesure une filiation selon la loi est conforme à la filiation selon le sang qu'elle prétend en principe exprimer. Ce problème là est fondamentalement un problème de vérité, telle que nous l'avons définie, et c'est lui seul que nous étudierons.

A vrai dire, la solution qui doit y être apportée conduit à s'interroger rapidement sur un problème beaucoup plus vaste : la vérité est-elle une valeur si importante de l'ordre social qu'il faille la rechercher à tout prix et la respecter jusque dans ses extrêmes conséquences ?

L'importance de la notion de vérité dans les rapports entre les hommes n'est pas contestable. Dans l'ordre économique, la « vérité des prix » est à l'ordre du jour et des campagnes publicitaires sont lancées sur le thème « opération-vérité ». Les députés nous parlent de « vérité budgétaire » (5). Dans le domaine des arts, nous connaissons le « cinéma-vérité » et il n'est pas de moyen plus efficace d'attirer un public que de lui promettre la vérité sur telle affaire obscure. Il y a dans l'homme un tel besoin de vérité que les théologiens ont pu y voir la marque de son aspiration à la Vérité suprême (6). Dans l'ordre proprement juridique, la question se pose avec acuité de savoir si la vérité n'est pas l'idéal à atteindre à tout prix. On peut le soutenir. La vérité n'est-elle pas source de paix sociale et de morale ? Dans l'ordre pénal par exemple, la société n'a-t-elle pas intérêt à ce que soient dévoilés, même au risque du scandale, des agissements coupables qui, sans cela, risquent de se poursuivre ?

C'est ce souci fondamental de la vérité qui animerait les sociétés socialistes, si l'on en croit les juristes marxistes : « Aucune instance ne peut accepter que périclite la vérité sous prétexte que le texte serait respecté, car une loi générale, supérieure au texte particulier, celle du respect de la vérité matérielle, serait alors violée » écrivent M. et R. Weyl (7). La Cour suprême de Pologne proclamait en 1953 : « L'Etat socialiste est intéressé à découvrir les rapports réels sociaux et économiques qui sont à la base des rapports juridiques. Pour cette raison, l'Etat assigne à l'administration de la justice la tâche d'éclaircir pleinement toute relation juridique dans le procès civil, d'établir

(5) Sénateur M. MARTIN, rapporteur du budget de la Justice 1968 : « Certains... se sont félicités des résultats obtenus comme si, enfin, le service public de la Justice avait trouvé sa vérité budgétaire. »

(6) « Je suis la Voie, la Vérité et la Vie » (Evangile selon saint Jean, 14, 6).

(7) « La justice et les hommes », 1962, p. 53.

l'état réel des choses et de rendre le jugement correspondant aux faits existant objectivement, c'est-à-dire à la vérité objective » (8).

Il est clair qu'aucun pays occidental n'a jamais attribué à la vérité matérielle un tel rôle, et les juristes marxistes y ont trouvé matière à dénoncer « l'hypocrisie de la société bourgeoise » qui n'ose plus regarder en face une vérité où elle lirait sa propre condamnation. C'est là la thèse marxiste. Il ne semble cependant pas que les états socialistes (du moins l'U.R.S.S.) soient actuellement parvenus à appliquer dans toute sa rigueur le principe de la vérité objective (9).

Nous croyons d'ailleurs qu'il est bien difficile pour une société, quels que soient son régime et son idéal, d'avoir pour seul souci la vérité. Le voudrait-elle qu'il faudrait d'abord transformer les hommes et aussi supprimer la raison d'Etat. La vie dans une nation implique actuellement des simulacres et des mensonges (qui peuvent être tactiques) car ils sont sources de confort moral et social. La paix des âmes et des sociétés naît parfois du mensonge aussi bien que de la vérité (10). Certes, il ne s'agit évidemment pas dans les deux cas de la même paix, mais en maintenant les apparences, on crée une certaine forme de tranquillité. L'ignorance rassure alors que la vérité trouble. Le scandale peut être, au sens propre du terme, insupportable.

La mesure dans laquelle la vérité doit être révélée est donc pour l'ordre juridique un problème incontestablement grave qui n'a peut-être pas de solution tout à fait satisfaisante et qui, au surplus, prend souvent la forme d'un conflit d'intérêts entre l'individu et la collectivité. C'est en effet l'ensemble de la société qui, le plus souvent, préfère pour des motifs égoïstes ne pas connaître la vérité, alors que le maintien du mensonge ne laisse dans l'angoisse qu'un seul individu.

Ce problème du rôle accordé au souci de la vérité sera ici envisagé dans un domaine fondamental pour tout individu, le domaine de la plus élémentaire de ses vérités à lui, celui de ses origines. L'assurance de sa propre identité est une base fondamentale de la vie

(8) Directives du 27 juin 1953, cité par CZACHORSKI, « L'influence des découvertes biologiques et médicales sur la question de la preuve de paternité et de maternité en Pologne », in *Journées juridiques de la société de législation comparée*, 1965, p. 7 (21). Voir aussi pour la procédure civile tchèque : « La nouvelle législation civile en Tchécoslovaquie », *Rev. int. dr. comp.*, 1964.753.

(9) Nous pensons à certains procès retentissants, ceux de Brodski (« *Le Figaro littéraire* », 1^{er} au 7 octobre 1964), de Siniavski et Daniel (« *Le Monde* », 19 avril 1966).

(10) P. MALAURIE, note au D. 1961.47, « Le mensonge juridique est souvent la condition nécessaire de la paix familiale ».

De plus, certaines illégalités, certaines duperies, certains scandales sont tellement inimaginables que celui qui voudrait faire la lumière ne pourrait être cru. Il existe un « phénomène de l'aveuglement par la dimension... dans le domaine de la conscience » (CASAMAYOR, « *Esprit* », août-septembre 1968, p. 188).

morale et même mentale de l'homme (11). Et la conscience de sa propre personnalité, l'homme la cherche dans le regard des autres, dans l'opinion commune. Il est donc fort important, non seulement qu'il l'atteigne au plus profond de lui-même, mais aussi qu'il puisse l'imposer, la révéler au public.

C'est un problème qui se présente sous un jour bien particulier car il faut pour le résoudre tenir compte de données à la fois scientifiques et sociales.

Les données scientifiques influencent aujourd'hui très fortement la solution dans un sens favorable à la vérité. Pour connaître une paternité, il fallait, en 1804, se résoudre à un acte de foi ou, dans la meilleure des hypothèses, se contenter de présomptions. La biologie permet aujourd'hui d'acquérir des certitudes ou du moins de conclure avec une très grande probabilité à l'existence de certains faits :

— la date de la conception peut être circonscrite dans un intervalle de temps très limité;

— la paternité d'un homme peut être exclue de la manière la plus formelle dans un nombre de cas de plus en plus grand;

— surtout, la science permet déjà d'aboutir avec une grande probabilité à une connaissance positive du lien de filiation, grâce aux expertises morphologiques et aux analyses biologiques.

Les expertises morphologiques, c'est-à-dire les analyses comparées des traits physiques de l'enfant et de son prétendu père, ont été accueillies à l'étranger, et notamment en Allemagne, avec la plus grande faveur. Les analyses biologiques permettent déjà, beaucoup plus profondément que par les quatre groupes sanguins classiques, de s'approcher de la formule spécifique et unique, irréductible à toute autre, du sang d'un individu déterminé. Les biologistes entrevoient maintenant le jour où chacun de nous pourra être rigoureusement défini par son individualité biologique la plus profonde, inscrite dans la spécificité de ses cellules et de son sang (12). Ce jour-là, la preuve positive de la filiation sera possible dans un très grand nombre de cas. Mais déjà

(11) Connaître ses origines est une douloureuse préoccupation pour tous ceux qui sont nés de parents non dénommés. L'épouse du général Weygand avait déclaré un jour à propos de son mari que « la question de son origine était pour lui un tourment continu ». « Le Figaro littéraire », 17 mars 1966. V. aussi « La rhubarbe », roman de R.-V. PILHES.

(12) « Le globule rouge apparaît... comme une mosaïque d'antigènes. Le temps est proche où chacun de nous sera défini par sa mosaïque personnelle... Récemment le directeur d'un Institut scientifique londonien indiquait qu'il était capable, sur la vue d'une seule goutte de sang, de reconnaître celui des cent cinq collaborateurs qui composent le personnel de l'Institut auquel la goutte de sang avait été prélevée. » Professeur Jean BERNARD, de la Faculté de Médecine de Paris, « Où en est le problème des maladies du sang », in Les Annales, février 1964.

on pourrait aujourd'hui, si on le voulait, approcher de beaucoup plus près la vérité biologique en matière de filiation.

Si on ne le fait pas autant qu'on pourrait le faire, c'est que des considérations sociales entrent en jeu. Le souci de la famille légitime est ici un obstacle à la manifestation de la vérité, car sa protection rend nécessaire une certaine part de fiction et de mensonge. Il faut attribuer au mari, en règle générale, la paternité des enfants mis au monde par l'épouse puisque la cohabitation et la fidélité sont deux obligations du mariage en principe exécutées. Mais ces deux obligations ne sont pas toujours respectées en fait de sorte que la paternité peut reposer sur une fiction. Il est cependant difficile d'autoriser sans réserve tout intéressé à révéler l'adultère. Le mari a seul subi l'offense et s'il a pardonné on peut hésiter à remettre en cause le nouvel équilibre du ménage. Etant de plus et jusqu'à nouvel ordre chef de cette première cellule sociale que constitue la famille, le mari puise dans cette fonction une raison supplémentaire pour empêcher quiconque d'en exclure un membre. Le décalage est donc net entre les préoccupations sociales et les possibilités scientifiques. Ces données ont évidemment beaucoup évolué depuis la parution du Code Civil et la solution ne pouvait être la même en 1804 et aujourd'hui.

La solution du Code avait le mérite d'être, somme toute, simple. Le droit de la filiation avait une âme, il n'était pas encore un « paradis des concepts (13). La filiation légitime était dominée par le souci de cohésion du groupe familial, et la filiation naturelle l'était par l'importance du rôle de la volonté. Cependant l'inconvénient de ces deux idées directrices était de laisser peu de place à la vérité. L'état de l'enfant était trop souvent livré à la discrétion d'un homme qui n'était pas son père. L'évolution sociale et scientifique a, au contraire, imposé, plus ou moins directement, un retour à la vérité.

Sur le plan des mœurs et de la famille, le développement de l'individualisme a fait considérer comme néfaste à certains égards l'emprise trop pesante du groupe sur ses membres. La prise en considération croissante de la personne a fait apparaître un nouvel impératif : l'intérêt de l'enfant. Les psychanalystes ont ébranlé les fictions familiales en montrant l'importance pour l'enfant de la vérité dans ses relations avec ses parents. L'affectivité de l'enfant souffre grandement du mensonge qui peut être à la base de ses liens de filiation. Une filiation n'est pas bonne pour l'enfant du seul fait que théoriquement il est pour lui plus avantageux d'être rattaché à un homme plutôt que de rester sans père, ou d'avoir un père légitime plutôt qu'un père naturel. Son intérêt est de vivre avec deux parents qui l'aiment et,

(13) ESMEIN, note au D. 1964.255.

en règle générale (14), seuls ses véritables parents pourront lui donner toute l'affection dont il a besoin. Une famille vraie est nécessaire à son épanouissement. Pour l'enfant né de l'adultère, le divorce et le remariage de sa mère avec son véritable père assureront souvent mieux son développement psychique que son maintien artificiel au sein d'une famille où il trouvera difficilement l'amour.

Sur le plan des modifications survenues dans l'état d'esprit des individus, il est incontestable que les découvertes scientifiques et techniques ont accentué leur goût du réel et leur volonté du concret (15). Une hostilité sourde est née à l'encontre de la « métaphysique des juristes ». On admet plus difficilement les présomptions alors qu'il existe des preuves, on rejette la fiction si la vérité peut être connue.

Il n'est donc pas étonnant que l'étude de notre droit de la filiation révèle une évolution certaine vers plus de vérité. Notre thèse, au terme de cette analyse, sera dominée par l'idée de la nécessité d'aller plus loin encore dans le sens de la vérité. Cette nécessité sera tout particulièrement ressentie au niveau de la filiation légitime, comme le laisse prévoir le titre de notre premier livre « La vérité subordonnée à l'organisation de la famille légitime ». Le titre de notre second livre — « Les progrès de la vérité dans la preuve de la filiation illégitime » — indique au contraire que le droit de la filiation naturelle s'est engagé dans une voie où la vérité s'affirme déjà beaucoup plus nettement.

(14) Rappelons que nous avons exclu de cette étude la filiation adoptive.

(15) Cf. dans un autre domaine le rapport de M. Pleven sur le projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs (*J.O. Documents de l'Assemblée nationale*, 9 oct. 1968, p. 1331) : « Le présent projet s'efforce d'adapter la législation aux préoccupations sociales et médicales d'aujourd'hui et de faire de nouveau coïncider le droit et la réalité. »



LIVRE PREMIER

LA VERITE SUBORDONNEE A L'INTERET DE LA FAMILLE EN MATIERE DE FILIATION LEGITIME

Toute étude sur la filiation conduit nécessairement à s'interroger sur la paternité et la maternité, mais ne conduit pas nécessairement à mettre en jeu la notion de famille. Ce double lien de filiation est-il établi que l'enfant n'est pas pour autant inséré automatiquement dans une famille, car pour le Droit positif français la famille est une notion juridique qui ne recouvre pas toujours exactement la réalité biologique et sociologique. Ont seules droit à ce titre les unions qui reposent sur un mariage officiellement constaté (1).

De nombreux Etats ont si bien ressenti la nécessité de la famille au sein de laquelle s'élèveront les enfants qu'ils en ont consacré l'existence dans leur constitution (2).

(1) Inversement d'ailleurs, les liens du sang ne sont pas indispensables car, dans une certaine mesure du moins et par assimilation, les enfants adoptifs font eux aussi partie de l'unité familiale. Ainsi l'Union nationale des Associations familiales, créée par l'ordonnance du 3 mars 1945, circonscrit son but « aux familles constituées par le mariage et la filiation légitime et adoptive » (le texte ajoute : « et dont le chef et les enfants sont français »).

(2) Voir à ce sujet DANIC, « Place de la famille dans les textes constitutionnels des Etats modernes » in « Renouveau des idées sur la famille », publication de l'Institut national d'Etudes démographiques, 1954.185.

Ainsi la France, dans le préambule de sa constitution de 1946 : « La Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement »; la République argentine (3) : « La famille, en tant que noyau primaire et fondamental de la société, sera l'objet d'une protection préférentielle de la part de l'Etat. » On y trouve bien souvent formulée l'idée que la famille repose sur le mariage, et qu'elle constitue le groupement *naturel* et fondamental de la société (4). Pour la République démocratique allemande : « Le mariage et la famille constituent le regroupement naturel et fondamental de la société » (5), et pour l'Italie : « La république reconnaît les droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage » (6). La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme consacre elle aussi dans son préambule l'idée que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et de l'Etat ». On ne peut manquer de rappeler ici l'évolution du Droit soviétique. Elle illustre de manière frappante l'indispensable fonction de la famille fondée sur le mariage. Le Code de 1926 faisait produire les mêmes effets au mariage officiellement enregistré et au mariage de fait. En conséquence « la filiation de fait est reconnue comme base de la famille. Il n'est fait aucune distinction entre la parenté hors mariage et en mariage » (article 133). La vérité biologique était ainsi placée au premier plan; or, en 1944 (8 juillet), un décret du Praesidium du Soviet suprême obligeait les époux à faire constater de nouveau officiellement leur union. Le Plenum du Tribunal suprême de l'U.R.S.S., le 3 octobre 1949, rappelait aux tribunaux qu'en matière de divorce, un « but essentiel (était) la consolidation de la famille soviétique et du mariage » (7).

La nécessité de la famille étant ainsi brièvement soulignée, c'est seulement lorsqu'on envisage la filiation légitime que l'on doit faire intervenir, en Droit français, ce concept. Le problème est pour nous de savoir dans quelle mesure la famille, notion juridique recouvrant un

(3) Dans la Constitution du 11 mars 1949.

(4) Il est certain que ce point de vue n'a pas toujours été admis. Ainsi l'individualisme du XVIII^e siècle conduisit certains auteurs à refuser de voir dans l'union conjugale (surtout lorsqu'elle était indissoluble) un lien naturel inévitable s'ouvrant sur l'institution de la famille. LACLOS, dans « L'Education des femmes », se demandait si elle n'était pas « le fruit de nos institutions (plutôt) que l'impulsion nécessaire d'un instinct naturel ». FOURRIER au XIX^e siècle considère le mariage comme « un lien de raison fait pour les gens âgés et non pour la jeunesse ». Inversement, pour A. COMTE : « L'élément fondamental de la société n'est pas l'individu, mais la famille » in NAITRON, « Les penseurs sociaux et la famille dans la première moitié du XIX^e siècle », publication de l'I.N.E.D., précitée, p. 83.

(5) Constitution du 23 mai 1945.

(6) Constitution du 27 décembre 1952.

(7) CHAMBRE, « L'évolution de la législation familiale soviétique de 1917 à 1952 » in publication de l'I.N.E.D. précitée, p. 206 (223).

couple et les enfants issus de ce mariage, traduit sur le plan de la filiation les liens du sang, réalité biologique. L'évolution des idées sur la famille peut fournir à ce sujet des renseignements intéressants.

Pendant longtemps l'homme ne soumettait le rythme des naissances qu'à l'ordre naturel. Or, à partir du XVIII^e siècle, apparaît dans la pratique l'idée d'une limitation des naissances : « L'homme n'admet plus que sa famille soit une société dominée par la nature, dont la constitution numérique lui échappe » (8). Un choix délibéré tend à se substituer dans la bourgeoisie à la soumission aveugle aux données physiologiques. La volonté intervient dans la composition de la famille. De ce fait, l'accent est mis davantage sur la personnalité de l'enfant et de l'épouse et sur le foyer (9).

Cette transformation dans les états d'esprit ne pourra que favoriser une exigence plus grande de la vérité (10). L'homme qui ne désire pas faire face à une descendance trop nombreuse hésitera sans doute moins à rejeter de la famille un enfant qui n'est pas biologiquement issu du couple (11). Encore faut-il que, juridiquement, la possibilité lui en soit offerte.

Un système juridique qui ne conférerait qu'avec parcimonie la légitimité ne rendrait pas nécessaire un large recours au désaveu. Un contrôle *a priori* éviterait une sanction *a posteriori*. Mais le risque serait alors de refuser, parfois à mauvais escient, l'entrée d'un enfant au sein de la famille. Ce n'est pas la conception du Droit français. Le groupe familial est très largement ouvert à tous ceux qui sont susceptibles d'en être issus, trop largement parfois au regard de la vérité, c'est ce que nous examinerons dans une première partie.

Toutefois un recours aisé au désaveu pourrait permettre le rétablissement d'un juste équilibre. Mais, en Droit positif, celui qui est certain de la non-paternité du mari de la mère ne peut cependant pas toujours demander l'exclusion de l'intrus. L'objet de notre seconde partie sera l'étude du rôle de la vérité dans la contestation de la filiation légitime.

L'idée directrice de ce premier livre apparaît ainsi comme étant la suivante : la vérité en matière de filiation légitime va devoir

(8) ARJES, « Le XIX^e siècle et la révolution des mœurs familiales » in publication de l'I.N.E.D. précitée, 111 (115).

(9) Cf. au Moyen Age la distinction ménage (mesnie)-lignage. PELOT, « La famille en France sous l'ancien régime » in « Sociologie comparée de la famille contemporaine », publication du C.N.R.S., 9.

(10) Rappelons que nous avons écarté de cette étude la filiation adoptive.

(11) Nous n'envisageons ici l'intervention de la volonté que dans la mesure où elle a pour effet d'influencer le nombre d'enfants issus du couple. Mais il est bien certain que la volonté d'un couple n'est pas toujours au service de la vérité : elle peut se traduire par la création artificielle d'une filiation en dehors du cadre de l'adoption (légitimation de complaisance).

composer avec les exigences qu'impose l'existence de la famille. La famille légitime est d'abord une institution sociale, « un centre durable et organisé de vie sociale » (12). La loi en a posé les fondements, en a fixé la structure, l'organisation et la composition, mais sans que les liens du sang constituent pour ses membres un critère absolu d'appartenance. Nous essayerons ainsi de voir jusqu'à quel point la vérité est subordonnée à la famille en matière de filiation légitime.

(12) Pour reprendre une partie de la définition de l'institution selon HAURIOU.

PREMIERE PARTIE

VÉRITÉ ET ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION LÉGITIME

L'existence d'un lien de filiation légitime conditionne pour un individu son insertion dans une famille déterminée et, partant, dans la société. Concrètement, l'enfant portera le nom de ses parents et il incombera à ces derniers de veiller seuls à son éducation. L'enfant est « l'héritier », celui qui « continue la personne » du parent décédé. Et l'on pourrait citer bien d'autres règles qui, dans le droit de la famille comme dans le droit des biens, sont sous la dépendance directe de la filiation (organisation de la tutelle, interdiction du mariage entre proches parents, quotité disponible, etc...) (1). L'importance des effets attachés au lien de filiation commande que soient déterminées avec précision les personnes susceptibles d'en bénéficier et semblerait devoir commander aussi que les solutions élaborées coïncident exactement avec la vérité biologique.

Ce souci de la vérité doit cependant composer avec d'autres données.

(1) Le Droit de la Sécurité Sociale tend cependant à faire passer au second plan la filiation. C'est ainsi que la notion de « personnes à charge » est un critère qui supprime parfois celui qui est fondé sur la réalité ou la qualité de la filiation.

V. THÉRY, « Les personnes à charge et le droit de la famille », J.C.P., 1948.I.739 ; ROUAST, « La Sécurité Sociale et le droit de la famille », Etudes Ripert, t. I, p. 346 ; M. GOBERT, « Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille », J.C.P., 1967.I.2122.

Estimant que l'intérêt de l'enfant est d'être légitime, le droit français a cherché à en multiplier les bénéficiaires. Parce que la filiation doit pouvoir se prouver par un moyen rapide et pratique, aucun contrôle préalable de vraisemblance n'a été institué. Enfin, pour ne pas troubler les familles, le Code Civil préfère parfois déclarer irrecevables des actions en justice qui viendraient modifier, peut-être dans le sens de la vérité, des situations bien établies.

Si l'on ajoute encore que la famille légitime est une entité à laquelle on ne peut adhérer que complètement ou pas du tout, on se rend compte des difficultés qui ne vont pas tarder à surgir si l'on veut en toute hypothèse consacrer juridiquement les liens du sang. Un auteur a d'ailleurs pu écrire : « Ce que veut la loi française, c'est la confiance conjugale et la paix familiale et non la recherche systématique de la vérité » (2).

Nous essayerons de voir dans cette première partie si, lors de l'établissement d'une filiation légitime, la vérité juridique est le reflet de la vérité biologique. Dans cette optique, nous étudierons successivement la détermination de la légitimité puis sa preuve.

(2) P. MALAURIE, note au D. 1961.47.

TITRE PREMIER

LE SOUCI DE LA VERITE ET LA DETERMINATION DE LA LEGITIMITE

Quelles personnes peuvent prétendre bénéficier d'un lien de filiation légitime ?

La plupart des systèmes de droit contemporains accordent des avantages particuliers aux enfants nés de deux personnes mariées. Le Code Civil français a continué sur ce point la tradition de l'ancien Droit modelé (dans ses grandes lignes) sur le Droit romain et le Droit canonique. Le mariage des parents est au cœur même de la notion de légitimité. L'union officiellement consacrée influencera directement la situation des enfants qui en sont issus. Elle influencera non seulement la qualité de la filiation, mais aussi à cause du dynamisme de l'institution la réalité même de la filiation. Si l'enfant est né de deux personnes mariées, il sera légitime; mais, de plus, il suffit que la mère soit mariée ou l'ait été pour que l'enfant puisse encore bénéficier de cette légitimité, bien qu'en fait la paternité du mari soit douteuse, voire impossible. On aperçoit pourquoi on a pu écrire, menant le raisonnement jusqu'au paradoxe « contrairement à ce que l'on pourrait croire s'agissant de la filiation, le lien du sang n'est pas ce qui est fondamental. La logique du système est ailleurs. Elle est dans le mariage » (3).

Il est donc fort important d'examiner dans quelles conditions le mariage confère le titre d'enfant légitime. Pour se rendre compte de la place accordée à la vérité il faut se reporter au fondement de

(3) M. GOBERT, « Réflexions ayant une indispensable réforme du droit de la filiation », J.C.P., 1968.I.2207.

la légitimité. Si c'est bien la loi qui a essentiellement conféré au mariage des parents des effets particuliers quant à la légitimité des enfants, la jurisprudence a dû aussi compléter parfois ce système en accordant aux enfants eux-mêmes une certaine initiative. La légitimité repose soit sur la loi seule, soit sur la loi et sur la volonté des intéressés.

CHAPITRE PREMIER

Les entorses à la vérité dans la définition légale de la légitimité.

« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari » déclare l'article 312.

Cette règle juridique qui semble traduire une situation de fait évidente repose en réalité sur une double présomption que le Droit allemand a fortement dégagée (1) : présomption de cohabitation — les époux ont eu des relations intimes —, et présomption de génération — un enfant est né de ces relations —. Si donc les époux n'ont pas cohabité, ou bien si l'enfant n'a pu naître de ces relations, la présomption de paternité ne devrait pas logiquement s'appliquer. Le souci de la vérité commande de l'écartier.

Telle n'est pas la position du Droit français. L'enfant né d'une femme mariée séparée de fait de son mari depuis des années est légalement l'enfant légitime du mari. La cohabitation, avec son corollaire : la possibilité de la génération, n'est pas une condition de la légitimité. La paternité est présumée de manière irréfragable non pas à partir d'un fait matériel, mais à partir d'un fait juridique : le mariage. Effectivement le mariage rend vraisemblable la paternité du mari (2), mais cette probabilité découle non pas de la célébration elle-même mais d'une de ses conséquences : la cohabitation, conséquence précisément dont le Droit français refuse de tenir compte. Supprimer cet élément intermédiaire du raisonnement, c'est aboutir inévitablement dans certains cas à une contradiction entre le fait et le Droit. Sans

(1) Voir HOLLEAUX, « De la filiation en Droit allemand, suisse et français ».

(2) C'est ainsi que s'explique la légitimité de l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage.

doute la preuve de la cohabitation et de ses conséquences ne peut-elle être exigée à chaque naissance. La cohabitation est une obligation née du mariage et son respect doit être présumé. La paix des familles est à ce prix. Mais pourquoi le présumer de manière irréfragable ?

Il faut donc bien admettre que pour le législateur français, la recherche de la vérité n'est pas le souci dominant à la base de la légitimité. La célébration du mariage non seulement rend vraisemblable la paternité mais transforme en règle légale obligatoire (3), en présomption-concept (4), ce qui n'était qu'une présomption de preuve. L'article 312 apparaît comme une conséquence du mariage (5) (6).

En réalité cet article pose une double présomption. La première subordonne la légitimité d'un enfant à la date de sa conception et à celle du mariage de ses parents. La seconde met en œuvre le principe posé : elle détermine quels sont les enfants conçus pendant le mariage ; pour cela elle fixe autoritairement la période au cours de laquelle la conception a dû se placer : entre le 180^e et le 300^e jour précédant la naissance. Nous étudierons successivement ces deux présomptions.

§ 1. — Les assouplissements au lien nécessaire entre la légitimité de l'enfant et le mariage de ses parents.

La légitimité repose en principe en Droit français sur deux conditions : le mariage des parents et la conception de l'enfant au cours de ce mariage. Mais aucune de ces deux conditions n'est interprétée de manière restrictive par le législateur et la jurisprudence.

La célébration du mariage est certes un impératif rigoureux. Nul ne peut prétendre à la légitimité si ses parents n'ont jamais été mariés. Mais il n'est pas indispensable tout d'abord que le mariage ait été valable. La filiation légitime peut résulter d'un mariage nul, si la célébration a bien eu lieu (7) et si l'un des époux au moins était de bonne foi (mariage putatif : articles 201 et 202 du Code civil). De plus, le souci de conférer la légitimité à un enfant est parfois juridiquement une des conditions de la célébration du mariage et même de

(3) Les intéressés n'ont pas à l'invoquer, elle joue en dehors de leur volonté.

(4) J. DABIN, « La technique de l'élaboration du Droit positif », p. 240.

(5) Voir par exemple PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 770, particulièrement net.

(6) Pour une étude détaillée concernant la présomption « pater is est... », consulter la thèse dactylographiée de M. COLOMBET, « Essai sur l'évolution de la présomption de paternité légitime », Paris, 1961. Cet auteur assigne trois buts à la règle de l'article 312 : asseoir l'état des familles, protéger l'enfant, renforcer l'autorité du mari.

(7) Aix, 11 déc. 1933, D. 36.2.57, note NAST.

sa validité. La grossesse de la jeune fille rend possible le mariage, sous réserve de l'autorisation du président de la République, si les futurs époux n'ont pas l'âge légal (art. 145 C. civ.) ou si le jeune homme « est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement » (art. 171 C. civ.) (8). Rappelons d'autre part, la position des tribunaux en matière d'annulation de mariage pour vice du consentement (art. 146 C. civ.). La jurisprudence analyse le contenu de ce consentement, et l'union sera maintenue si les jeunes gens ont recherché au moins un des effets principaux du mariage (mais un seul suffit, à la différence du Droit canonique). Le désir de donner à un enfant le statut de la légitimité fait partie des buts fondamentaux de l'institution (9).

Le mariage est donc vu avec faveur chaque fois qu'il est envisagé en tant que première condition de la légitimité des enfants. La vérité n'aura pas à souffrir de cette solution.

La seconde règle à laquelle se trouve en principe subordonnée la légitimité est la conception de l'enfant au cours du mariage. En appliquant la présomption légale de durée des grossesses, on déclare légitime quiconque est né plus de 180 jours après la célébration du mariage ou moins de 300 jours après la dissolution. L'enfant né dans ces conditions bénéficie automatiquement de la règle « pater is est » (10) (11). Mais de plus le Code et la jurisprudence l'ont étendue à des cas où la conception s'est certainement placée en dehors du mariage des parents. Les deux séries d'hypothèses que nous allons examiner présentent en effet un point commun : la présomption légale de durée des grossesses impose de fixer la conception à un moment où le mariage n'existait pas ou n'existait plus. Ne heurte-t-on pas la vérité si on maintient alors la présomption de paternité du mari ?

(8) « Les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux. »

(9) Cass. Civ., 14 nov. 1963, D. 64.465.

(10) Sauf le cas où, étant né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal autorisant les époux au cours d'un divorce à résider séparément, l'enfant a été légitimé par le remariage de sa mère (art. 313, al. 2, C. Civ.).

(11) Il peut même parfois bénéficier de deux présomptions de légitimité ! Il s'agit du cas tout à fait exceptionnel et sans application en jurisprudence, où sa mère, soit est bigame, le second mariage étant considéré comme putatif, soit a contracté une nouvelle union sans respecter le délai de viduité, la naissance se produisant alors moins de 300 jours après la dissolution du mariage. La doctrine admet dans ces hypothèses que les deux présomptions de paternité se neutralisent et qu'il appartient aux tribunaux de rechercher en fait laquelle est la plus vraisemblable (voir C.-J. BERR, « Les tendances du Droit contemporain en matière de conflits de filiation », Rev. trim. dr. civ., 1964.635, et la note 12). Des expertises biologiques aideraient alors grandement les tribunaux dans leur recherche de la vérité.

A. — SITUATION DE L'ENFANT NÉ DANS LES 180 PREMIERS JOURS
DU MARIAGE DE SES PARENTS.

Il est rattaché au mari de sa mère. L'article 314 consacre nettement cette solution puisqu'il envisage la manière dont le mari pourra procéder à un *désaveu*. Il y a d'ailleurs de fortes chances, en fait, pour que la paternité légale soit l'expression de la vérité (12).

Mais le doute s'est élevé lorsqu'il a fallu préciser davantage la qualification du lien de filiation. Doit-on parler de légitimité ou de légitimation ? L'article 312 déclare que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». Ainsi c'est la conception pendant le mariage qui détermine la légitimité. Par conséquent, l'enfant né dans les 180 premiers jours ayant été conçu avant la célébration du mariage, la vérité et la logique imposent de faire résulter sa légitimité d'une légitimation de l'embryon ou du fœtus. Toute autre solution suppose soit une atteinte à la vérité (l'enfant, fictivement, aurait eu une gestation inférieure à 180 jours), soit une autre conception de la légitimité (l'enfant serait légitime du moment qu'il est né au cours du mariage).

La cour de Cassation, par deux arrêts du 28 juin 1869 (13) avait considéré l'enfant comme légitime. En conséquence, s'il avait été conçu alors que son père était dans les liens d'une précédente union, la naissance pendant le mariage ne pouvait effacer le vice d'adultérinité de la filiation. Il ne pouvait pas être reconnu valablement, et toute légitimation s'avérait donc, à cette époque, impossible.

La cour régulatrice, par souci de l'intérêt de l'enfant, est revenue sur sa position en 1930, dans la célèbre affaire Degas (14) : « Tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception. »

La loi n'a voulu établir aucune distinction entre les enfants nés au cours du mariage de leurs parents (15).

Postérieurement, toute une série d'arrêts a développé les conséquences du principe ainsi posé : est légitime depuis sa naissance l'enfant né 73 jours après la célébration du mariage et 64 jours après sa dissolution (16). L'existence d'un enfant né dans les premiers jours

(12) Il est vrai que certains facteurs humains plus ou moins nobles incitent à tempérer cette affirmation : l'amour intense d'un homme envers une jeune fille abusée, le souci (dans le cercle familial surtout) d'éviter un scandale à n'importe quel prix. Cf. M. PAGNOL, « Marius ».

(13) D. 1869.1.335 ; S. 69.1.445.

(14) Cass. Civ., 8 janv. 1930, S. 30.1.257, note F. GÉNY, D. 30.1.51.

(15) Du moins lorsqu'il s'agit d'accorder la légitimité, car, au moment de la contester, les conditions du désaveu différeront.

(16) Arrêt Dewalle, Cass. Civ., 2 sept. 1936, D. 36.1.118, note E. GAUDIN de LAGRANCE.

du mariage met obstacle à la légitimation ultérieure d'un enfant adultérin (17).

Il n'est pas dans notre propos de discuter ici du bien-fondé de la règle de l'article 314 (18). Que l'« enfant des fiançailles » et l'« enfant du mariage » bénéficient tous deux de la légitimité ne contredit pas les exigences de la vérité. La nature n'exige aucunement que le législateur décrète légitime plutôt que naturel tel lien de filiation. On peut très bien admettre dans cette perspective que la naissance, tout autant que la conception dans le mariage, soient sources de légitimité. Ce qui est plus grave, c'est que dans une conception où le mariage des parents conditionne la qualité de la filiation, l'une se définissant par rapport à l'autre, la légitimité rétroagisse avant l'union des parents. Cette solution ne peut être acquise que grâce à une fiction (20). Tant que le mariage n'est pas célébré on ne voit guère comment l'« enfant » pourrait être légitime.

En consacrant ainsi une seconde source de légitimité : la naissance pendant le mariage, la jurisprudence avait surtout pour but de préserver les intérêts de l'enfant. Il faut accorder ce bénéfice au plus grand nombre possible d'individus. Ce souci cependant semble exiger une limite : qu'au moins la conception, la gestation ou la naissance se place au cours du mariage.

Le Code civil n'a pas tenu compte de cette restriction. L'article 315 n'a-t-il pas en effet accordé cette faveur aux enfants nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage de leurs parents ?

B. — SITUATION DE L'ENFANT NÉ PLUS DE 300 JOURS APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE DE SES PARENTS.

Un enfant vient au monde deux ans après le veuvage de sa mère. Il est clair, au regard des lois de la nature, que le défunt n'a pu engendrer l'enfant (21). L'article 315 du Code civil déclare cependant que « la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage pourra être contestée ». Il faut donc en conclure que l'enfant reste légitime tant que personne ne conteste sa filiation (22).

(17) Arrêt Bozzi : Cass. Civ., 2 mars 1954, D. 54.397, note A. ROUAST ; J.C.P., 54.8081, note P. ESMEIN (art. 331, al. 2, 3°, sous l'empire de la loi du 25 avril 1924).

(18) Consulter P. GRAULICH, « Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime », Liège, 1951, titre I^{er}, p. 13, et spécialement le chapitre II, p. 47.

(20) Voir R. BOULBÈS, note sous Paris, 13 mai 1966, J.C.P., 66.14904, et « Les deux cas où l'enfant peut être désavoué par simple dénégation », J.C.P., 1968.I.2144.

(21) Réserve faite du cas où la preuve serait rapportée d'une insémination artificielle exécutée à partir du sperme du mari.

(22) Ce n'est l'avis ni de E. GAUDEMET, Rev. trim. Dr. civ., 1922.877, ni de M. GRAULICH, « Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime », pp. 97

Sur quoi repose cette légitimité ? Les obligations de cohabitation et de fidélité ont disparu, la vraisemblance s'y oppose, la volonté du mari ne peut plus intervenir. Pourquoi les rédacteurs du Code civil ont-ils voulu une solution qui heurte à un tel point la vérité et le bon sens ? (23) (24).

Parce que, dit Duveyrier (25), « tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. »

Mais il est irrationnel que le Droit protège ainsi des intérêts aussi mensongers. Il devrait au contraire veiller à ce que la distinction qu'il a créée entre les deux ordres de filiation soit respectée (26).

L'intérêt général et la vérité s'opposent à une solution aussi ridicule qui fait reposer la légitimité sur le simple souvenir d'un mariage passé.

Sans doute, à la décharge des rédacteurs de 1804, convient-il de remarquer qu'ils ont voulu d'abord mettre fin à l'incertitude qui régnait dans l'ancien Droit, au sein de la jurisprudence des Parlements (27).

et suivantes. Pour ce dernier : « après avoir réglé très strictement les conditions dans lesquelles on est recevable à attaquer l'état d'un enfant né ou conçu dans le mariage, le Code n'a-t-il pas voulu, par cet article, indiquer que ces règles ne s'appliquaient plus lorsque l'enfant était né plus de 300 jours après l'union conjugale ? ». Mais l'article 315 serait alors inutile car la présomption légale de durée des grossesses aurait, à elle seule, conduit à la même solution.

(23) Cf. la satire de RABELAIS (livre I^{er}, chap. III) : « Moyennans lesquelles loys les femmes vefves peuvent franchement jouer du serrecropiere à tous enviz et toutes restes, deux mois après le trespas de leurs mariz. »

(24) La rédaction initiale du texte était la suivante : « La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage ». Pour l'historique de cette question, voir BAILLY, « L'article 315 du Code civil et la condition des enfants nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage », Rev. trim. Dr. civ., 1949, p. 372. L'article 482 de l'avant-projet du Code civil abandonne cette solution.

(25) LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 298.

(26) RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1721.

(27) « Voici... ce que l'Antiquité de langue latine léguait aux hommes du Moyen Age : une tradition très ferme limitant à dix mois la durée normale de la longue grossesse, et quelques textes beaucoup moins nets, susceptibles d'être invoqués en faveur d'un dépassement pouvant le porter jusque dans le onzième mois. » ROUSSIER, « Opinions anciennes sur les grossesses prolongées » in Etudes d'histoire du droit offertes à Pierre Petot, 1959, p. 473.

Selon le même auteur, l'Ancien Droit ne connaissait aucune règle générale, mais seulement des cas d'espèce. On tenait compte notamment du comportement de la femme et de la déclaration de grossesse faite du vivant du mari. Toutefois aucune décision n'avait dépassé le délai de 11 mois accomplis. « Les longues grossesses dans l'Ancien Droit » in Etudes historiques à la mémoire de Noël Didier, 1960, p. 275.

Mais la sécurité juridique n'est pas le seul but du Droit. On ne doit la rechercher que pour consacrer une règle juste et bonne (28). Or, sur le plan des principes, cette règle est injustifiable. De plus, elle aboutit en pratique à des solutions choquantes.

L'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère, et déclaré à l'état civil comme étant né de cette femme, pourra obtenir par une simple action en rectification d'état civil que le nom du mari de sa mère y soit porté. Le but de l'action est seulement en effet de faire concorder l'état civil avec une filiation d'ores et déjà juridiquement constante. A quelle action au contraire devra recourir celui qui a intérêt à faire tomber cette légitimité certainement contraire à la vérité ? A une action d'état, car elle aura pour but de modifier la filiation de l'enfant. La procédure plus rapide et moins coûteuse de l'article 99 C. civ. est impossible (29). Le procureur de la République n'aurait aucun droit pour engager cette action (30).

Sans doute la jurisprudence en dégageant comme nous le verrons la contestation de paternité du désaveu a-t-elle permis à tout intéressé de renverser la présomption de paternité. Sans doute la présomption est-elle de ce fait précaire, ce qui ne peut dans l'avenir que servir la vérité. Néanmoins elle existe et elle est subordonnée seulement à deux conditions : la dissolution du mariage de la mère et l'existence d'un délai de 300 jours entre cette dissolution et la naissance.

La preuve de la dissolution du mariage soulève un problème délicat lorsque l'enfant a été conçu pendant l'absence du mari, le mot « absence » étant pris dans son sens juridique précis d'individu dont on ne sait pas s'il est mort ou vivant. Même si sa filiation maternelle est indiquée dans son acte de naissance (31), il ne sera pas légitime. La cour de Cassation a en effet déclaré que « l'article 312 C. civ... n'est applicable qu'autant qu'il est constant que le mariage existait au moment de la conception » (32). Le même raisonnement doit être valable pour l'article 315 : l'enfant qui veut prouver sa légitimité à partir de

(28) Sans doute la justice du droit est-elle parfois *d'abord* dans la sécurité qu'une règle procure. Mais de toute façon cette sécurité, ici, ne peut être que temporaire. La règle de l'article 315 crée une situation dont la stabilité est toute relative puisque, nous le verrons, tout intéressé peut la contester à tout moment. Elle ne donne donc satisfaction ni à la vérité, ni à la justice, ni à la sécurité, car la sécurité implique la durée.

(29) Trib. civ. Seine, 21 nov. 1947, J.C.P., 48.4080, note J. MAZEAUD, et sur appel Paris, 10 avr. 1948, J.C.P., 48.4394.

(30) Il aurait pu agir au contraire si la voie de la rectification d'état civil avait été admise (art. 99, al. 5). Cf. Nancy, 24 sept. 1931, La Loi, 5 oct. 1932, cité par BAILLY, art. cité, p. 378, note 1.

(31) Une action en réclamation d'état se heurterait à l'obstacle que nous allons examiner ; quant à la possession d'état, elle ne peut être efficace puisqu'elle ne peut être établie à l'égard des deux parents.

(32) Civ., 19 déc. 1906, D.P., 07.289, note BINET ; S. 11.1.260.

ce texte devra établir que le mariage de sa mère était dissous depuis plus de 300 jours lorsqu'il est né. Or cette preuve, tout comme la preuve contraire d'ailleurs, est impossible à fournir. Cette solution favorise incontestablement la vérité biologique mais grâce à un procédé qui, d'une certaine manière, déforme la réalité. Le mari est nécessairement mort ou vivant ! Mais dans les deux cas les enfants de sa femme devraient être légitimes, soit en vertu de l'article 312, soit en vertu de l'article 315. L'impossibilité de rapporter la preuve du mariage ou de sa dissolution devrait donc rester sans influence sur la légitimité des enfants. Une telle solution reposerait sur une donnée de fait exacte — le mari est mort ou vivant — mais elle serait extrêmement défavorable à la vérité biologique. D'une part, il est clair que l'enfant né pendant l'absence du mari n'a pas pour père ce mari et d'autre part cette paternité fictive ne pourrait jamais être contestée en raison de l'incertitude de son fondement. En effet l'action en désaveu est réservée au mari et l'action en contestation de paternité suppose la preuve du décès du mari. Ainsi, en refusant d'admettre une certaine réalité, on sert la vérité biologique parce que, en ignorant cette réalité, on évite l'application d'une règle juridique qui en est la conséquence et qui, sur le plan biologique, est fausse (33).

Quant à la seconde condition indispensable pour l'application de l'article 315 — la condition de délai —, elle est facile à établir puisqu'elle résulte d'une simple comparaison entre deux dates. Incidemment elle a néanmoins soulevé un problème grave qui déborde le cadre de l'article 315 (34) : celui du caractère simple ou irréfragable de la présomption fixant les dates limites de la durée des gestations. C'est en effet une contestation fondée sur l'article 315 qui déclencha l'affaire Ogez. On se souvient que la Cour de cassation refusa de suivre la vérité biologique lorsqu'elle autorisa le recours à une simple contestation de paternité pour combattre le lien de filiation paternelle d'un enfant né 306 jours après le suicide de l'époux mais dans des conditions telles que, très vraisemblablement, la conception s'était passée au cours du mariage (35).

(33) Cf. l'hypothèse examinée pp. 514 et s. : l'absence de recherche précise concernant la date exacte de la conception permet parfois de faire produire à la filiation des effets complets.

(34) Le problème peut par exemple se poser en matière de filiation naturelle : le défendeur à une action en recherche de paternité naturelle prouve l'impossibilité de cohabitation pendant la période légale de conception. Or, la mère établit que le concubinage notoire a cessé 302 jours avant la naissance et que son accouchement a été médicalement retardé.

(35) Civ., 9 juin 1959, D. 59.557 ; G.P., 59.2.58 ; J.C.P., 59.11158, note P. E.

§ 2. — Les approximations légales concernant la date de la conception.

Les rédacteurs du Code civil avaient voulu déterminer la durée des grossesses de manière à éviter « de laisser toutes les questions relatives à l'état des hommes sous la dépendance d'un calcul arbitraire » (36). Aussi, après qu'on eut pris l'avis d'un médecin célèbre : Fourcroy, fut-il décidé de fixer à 180 jours et à 300 jours les durées minima et maxima des gestations (37). « Ce sera déjà, ajoute Duveyrier, une amélioration sensible dans notre législation que d'avoir ... resserré le cercle dans lequel la nature pourra promener encore ses merveilleux caprices, mais dont on ne la fera plus sortir aux dépens de la société. »

Une présomption de viabilité est instituée pour tous les enfants conçus dans cette période (38).

Ces dispositions figurent dans les articles 312 à 315 du Code civil (39) et sont d'une application très générale (40). Elles ont suscité deux problèmes graves : les dates extrêmes des grossesses peuvent-elles être dépassées ? A l'intérieur de la période légale, peut-on fixer avec plus de précision la date exacte de la conception ?

A ces deux questions, les progrès de la science médicale permettent d'apporter une réponse affirmative.

Mais les textes du Code civil permettent-ils cette extension ?

A. — LES DISCUSSIONS POSSIBLES SUR LES DURÉES EXTRÊMES DES GROSSESSES.

Juridiquement et scientifiquement les points de vue sont totalement opposés (41).

La Cour de cassation, dans la célèbre affaire Ogez, a posé un principe clair : « Attendu qu'en fixant à 180 et 300 jours le minimum et le maximum de la durée de gestation, l'article 312 C. civ. a posé une présomption qui n'est pas susceptible de preuve contraire » (42).

(36) DUVEYRIER *in* LOCRÉ, « La législation de la France », t. VI, p. 287.

(37) Solutions « plus charitables que scientifiques », dira M. MAYRAND, « La preuve de non-paternité », La Revue du Barreau de la province de Québec, année 1965, p. 177 (180).

(38) Cass. civ., 11 juil. 1923, D. 23.1.130 ; S. 24.1.143, note HUGUENY.

(39) Et dans l'art. 340 pour la filiation naturelle.

(40) Pour l'application à la filiation naturelle, V. *infra*, p. 508.

(41) « Une solide expérience des milieux médicaux permet aujourd'hui d'affirmer que les chiffres, choisis en 1804, ne correspondent pas toujours à la réalité », DESBOIS, *in* Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, p. 32.

(42) Cass. civ., 9 juin 1959, précité. Pour les divers arguments juridiques présentés, V. *infra* nos développements relatifs à la contestation de paternité.

Cette solution a prévalu malgré la résistance des cours d'appel (43), fortement influencées par les données scientifiques du problème (44).

Du point de vue médical, en effet, il est certain que l'on rencontre des gestations supérieures à 300 jours. Ainsi, M. Simonin, dans son ouvrage : *Médecine légale judiciaire* (45), déclare : « Quelques statistiques signalent un certain nombre de grossesses prolongées au-delà du 300^e jour légal — jusqu'au 321^e jour après le coït fécondant. La proportion reste faible (7 % selon certains auteurs) ». Ce chiffre est confirmé par ailleurs : « 95 % des cas ne dépassent pas 300 jours ».

M. Simonin propose encore un tableau, d'après Guthman et Knös, permettant de calculer la durée probable de la grossesse par rapport à la longueur du nouveau-né. On trouve en abscisse la taille de l'enfant en centimètres, et en ordonnée la durée des grossesses en jours. Or les chiffres cités en ordonnée s'échelonnent entre 180 (46) et 350 jours ! Ainsi, pour un nouveau-né présentant une taille normale de 50 centimètres, la durée probable de la gestation serait égale ou supérieure à 300 jours dans 14,3 % des cas.

L'auteur ajoute, certes, qu'il convient dans tous les cas de laisser une marge de cinq jours (en plus ou en moins). Néanmoins, ces chiffres semblent peu croyables : qu'une femme sur vingt ait porté son enfant pendant un laps de temps supérieur à celui qui est prévu par le Code civil constitue une anomalie extrêmement grave !

Reportons-nous maintenant à d'autres observations faites directement sur ce sujet par les médecins. Deux difficultés vont surgir. Sans doute de nombreuses études ont-elles été consacrées depuis longtemps aux grossesses prolongées. Mais les spécialistes ne se sont pas mis d'accord sur le moment à partir duquel une gestation ne doit plus être considérée comme normale. Pour certains, ce moment est atteint après 290 jours. C'est ainsi que lors du congrès de la Fédération des Sociétés de Gynécologie et d'Obstétrique, qui s'est tenu à Marseille en 1957 sur ce problème, toutes les statistiques fournies par les rap-

(43) Paris, 6 janv. 1957, J.C.P., 57.10125, note P. E. ; Orléans, 24 janv. 1962, J.C.P., 62.12551, note P.E. (cour de renvoi).

(44) « L'effet de la présomption, c'est qu'en cette matière le droit a une bonne fois décidé de tourner le dos à la réalité. » LOMBOIS, « Les chiffres en Droit civil », in *Annales de l'Université de Poitiers*, 1962.15 (25).

(45) P. 453.

(46) « La viabilité ne se rencontre pas avant le 180^e jour, elle est très rare dans le courant du 7^e mois. » SIMONIN, p. 453.

(47) Déclaration de M. RIVIÈRE au cours des débats ayant suivi les rapports, in *Bulletin de la Fédération des Sociétés de Gynécologie et d'Obstétrique*, 1957, t. IX, p. 429.

porteurs (sauf une) étaient fondées sur ce critère de 290 jours (47). Elles sont donc, à notre point de vue, inutilisables.

D'autres auteurs, cependant, retiennent le délai de 300 jours (47 bis). Les pourcentages proposés sont alors extrêmement variables. Parmi les chiffres portant sur un nombre élevé de grossesses, citons par exemple : 0,56 (48), 0,65 (49), 1,77 (50), 2,08 (51), 2,13 (52), 2,44 (53), 3,2 (54), 4,86 (55), 4,93 (56), 13,1 (57), 19,4 (58).

Mais ce délai de 300 jours est alors calculé très généralement à partir de la date du début des dernières périodes menstruelles de la mère, et ce moment ne correspond pas au début de la grossesse. Si le jour des relations sexuelles, seul important pour nous, était retenu, toutes ces proportions devraient décroître d'une manière notable (59).

De la lecture de ces ouvrages scientifiques il ressort l'existence certaine de grossesses effectivement supérieures dans leur durée à

(47 bis) D'autres encore (mais ils sont rares) s'attachent au chiffre de 305 jours. GUYOMAR, « A propos des grossesses prolongées », Le concours médical, 5 juillet 1963, n° 27, p. 643.

(48) LUCKE, « Etude clinique et hormonale de la grossesse prolongée », Th. dactyl., Lyon, 1958, p. 17 (14.837 accouchements).

(49) FRUHNSHOLZ et RICHON (19.893 accouchements), Gynécologie et Obstétrique, 1940, p. 283.

(50) BIESSY, « Contribution à l'étude des grossesses prolongées », Th. Lyon, 1953 (7.330 accouchements).

(51) Mac KNOWN et GIBSON, « Period of gestation », Brit. Med. J., 3 mai 1952, p. 938, commenté dans Bull. Féd. Soc. Gyn. Obst., 1952.4, p. 782 (15.659 accouchements).

(52) Intervention de MM. Vermelin, Richon et Ribou au congrès de Marseille en 1957. Bull. Féd. Soc. Gyn. Obst., 1957, p. 413 (45.849 accouchements).

(53) Sellet (10.000 accouchements) cité par VOUTE, « Les grossesses prolongées », Th. Toulouse, 1952.

(54) Lindell (42.000 accouchements) cité par HUMMEL, « Considérations sur les grossesses prolongées », Th. dactyl. Strasbourg, 1957, p. 19.

(55) Kortenoever (7.054 accouchements) cité par HUMMEL, *op. cit.*

(56) Schulte (38.850 accouchements) cité par MARTIN, « Les gestations dites prolongées », Th. Lyon, 1931-1932, qui aboutit au même chiffre pour 5.405 cas observés.

(57) ROSAZ (1.966 accouchements), « Grossesse normale et grossesse prolongée », Th. Lyon, 1957.

(58) CHARVET (1.966 accouchements), intervention au congrès de Marseille, *in op. cit.*, p. 462.

(59) M. HUMMEL (*op. cit.*) prévoit par exemple un décalage moyen de 10 jours selon que le calcul est fait « post menstruationem » ou « post conceptionem » (coût fécondant). Notons au surplus que la fécondation de l'œuf ne se produit pas toujours au moment du rapport sexuel. Selon certains médecins, la persistance du pouvoir fécondant ne pourrait être supérieure à deux jours (Bull. Féd. Soc. Gyn. Obst., 1957, p. 10). Mais voir aussi ZANGEMEISTER (Das Recht, 10 août 1917) : « Le temps entre l'instant de la conception et la naissance de l'enfant se décompose en deux parties, la première qui s'étend entre l'acte sexuel et la fécondation, la seconde entre la fécondation de l'œuf et la naissance. Le premier espace... varie, hors quelques cas rares, entre 0 et 14 jours, mais il peut vraisemblablement se passer entre ces deux dates 3, voire 4 semaines. »

300 jours. Mais le pourcentage de ces cas pathologiques est difficile à préciser (60).

A l'issue du congrès de 1957, et sur proposition de MM. Merger et Barrat, le vœu suivant fut adopté : « Considérant que la durée des grossesses ... peut dans certains cas exceptionnels, mais certains, être de moins de 180 jours ou de plus de 300 jours, la Fédération pense que ces chiffres, retenus par l'article 312 du Code civil, ne devraient plus avoir le caractère d'une présomption irréfutable, mais d'une présomption simple susceptible de tomber devant des arguments scientifiques » (61).

La portée de ce souhait émanant des plus grands spécialistes d'obstétrique et de gynécologie n'échappera à personne (62).

Le droit comparé nous fournit lui aussi des précisions extrêmement intéressantes (63). La durée maximale des grossesses est de 302 jours en Allemagne (art. 1592 B GB) (64), en Autriche (art. 138 C.G.A.) et en Chine (art. 1062) (65), de 10 mois en Suède (Art. 1^{er} code de la

(60) Il est impossible d'établir une moyenne entre tous les chiffres cités : les rapports fournis portent sur un nombre d'observations trop différent et le soin apporté dans le diagnostic peut varier d'un hôpital à un autre.

(61) Bull. Féd. Soc. Gyn. Obst., 1957, p. 482.

(62) Il est d'ailleurs curieux de constater que cet argument de poids n'a pas été repris par les juristes. La séparation des disciplines au sein de l'Université explique sans doute cet « oubli ».

Ce même souhait avait été formulé en 1930 par M. MARTIN (Th. *op. cit.*) : « Des cas nombreux et indubitables de gestation ayant duré plus de 300 jours militent en faveur d'un esprit plus large de la jurisprudence et d'une application peut-être moins rigoureuse de la loi. »

(63) La plupart des renseignements que nous allons donner sont issus du Jurisclasseur de droit comparé.

(64) Selon le droit commun en vigueur dans les Etats allemands avant le B.G.B., la période de conception s'étendait du 180^e au 300^e jour ; mais en droit bavaïrois et prussien des chiffres différents étaient retenus : 182-302, 210-302 (cité par STAUDINGER, Commentaire du B.G.B., art. 1592). Actuellement la durée légale est de 181-302 jours. Mais l'alinéa 2 de l'article 1592 en permet l'allongement lorsque les époux ont cohabité (le jour de la naissance est celui où l'enfant est séparé du corps de sa mère). L'enfant pour être légitime doit alors prouver non seulement qu'il a pu être conçu au-delà de cette date, mais qu'il l'a été effectivement (Staudinger, précité.). Pour l'application de ce principe en jurisprudence OLG Tübingen NJW, 1952.942 (mais qui renvoie aux juges du fond). LG Dortmund JW, 1937.1309 (mais qui déboute le demandeur en se fondant sur les constatations médicales de l'expert). LG Flensburg Schl.H.A., 1956.350, qui constate que la durée la plus longue jusqu'ici observée est de 321 jours et estime médicalement impossible la durée de 332 jours dont voulait faire état le demandeur. Ainsi la jurisprudence ne semble pas avoir eu l'occasion d'étendre ce délai de 302 jours. Zangemeister (Das Recht, 10 août 1917) affirme que 2,7 % des grossesses sont supérieures à 300 jours. Professeur à la clinique gynécologique de Margburg, il estime encore que sur 1.900.000 naissances, 50.000 enfants ont été portés plus de 300 jours. La proportion serait alors de 3,8 %. Pour cet expert, les délais devraient être de 230 à 328 jours. (M. HOLLEAUX a repris ce chiffre de 50.000 naissances dans une note au D. 1953.445.)

(65) Lê Tâi-Trien, Revue asiatique de droit comparé, 1963 (vol. 1, n^{os} 1-4).

filiation), d'un an en Tunisie (66) et en Egypte (67). En Hongrie, Pologne, Turquie, on peut prouver la légitimité d'un enfant dont la gestation a duré plus de 300 jours. En Grande-Bretagne, ainsi qu'au Danemark, aucune date n'est fixée : la durée normale est de 270 à 280 jours, mais il est toujours loisible de prouver qu'en fait telle grossesse s'est étendue sur un laps de temps plus ou moins long. Ainsi des grossesses de 306, 307, 331 et même 349 jours (68) ont été considérées comme possibles (69).

Une réforme législative s'impose (70) ; elle est d'autant plus urgente que la Cour de cassation a refusé d'accorder aux juges du fond tout pouvoir d'appréciation en cette matière. Elle devrait au moins avoir pour but de briser la jurisprudence actuelle.

(66) Dans les pays musulmans, la durée varie beaucoup avec les rites. « Certains jurisconsultes musulmans, notamment l'Iman Malek, pensent... que le terme de la gestation peut s'étendre à cinq et même sept ans. » GILLOTTE, « Traité de droit musulman », 1860, p. 41.

« Les Malékites admettent quatre et même cinq ans ; les Hanéfites... deux ans... Les docteurs musulmans ont été influencés par la croyance, fortement enracinée dans les milieux populaires, qu'un enfant peut s'endormir dans le sein de sa mère, et par la coutume qui reconnaît à la femme dont le mariage a été dissous... le droit de se dire enceinte d'un enfant endormi. » MILLOT, « Introduction à l'étude du droit musulman », 1953, p. 390.

Cette théorie — au demeurant fort belle — de l'enfant endormi est dictée surtout par « un sentiment d'humanité. C'est une survivance de l'ancien Droit qui avait pour but de rendre moins fréquents l'abus de la répudiation et surtout le désaveu des enfants ». F. DULOUT, « Traité de droit musulman et algérien », 1947, t. II, p. 283.

Au Liban, le droit hanafite fixe la durée des grossesses à deux ans : « Les juristes chaféites et hanbalites admettent que la durée de gestation puisse se prolonger jusqu'à quatre ans », in « Le droit libanais », 1963, Institut de droit comparé de Paris et de Lyon, p. 118.

(67) MADKOUR, « Comparaison entre le droit de la famille en France et en Egypte », Th. dactyl. Poitiers, 1956, p. 176.

(68) *Hadlum v. Hadlum*, 8 juillet 1948, All England Reports, 1948.2.412.

(69) V. Halsbury's laws of England, t. III, p. 87. La chambre des Lords a même eu à connaître d'une grossesse qui aurait duré 360 jours (*Preston-Jones v. Preston-Jones*, All England Reports, 1951.124). Dans l'affaire *Hadlum*, la cour avait estimé qu'il n'était pas médicalement impossible pour le mari d'être le père de l'enfant. Ici un délai supplémentaire de 11 jours ne permet pas d'affirmer qu'une grossesse de 360 jours est impossible. Néanmoins, les juges estimèrent que le mari avait établi, au-delà de tout doute raisonnable, l'adultérinité de l'enfant (3 voix contre 2).

(70) Telle est la position de la doctrine. Voir tous les auteurs cités par M. MIMIN, « La présomption d'illégitimité de l'article 315 du Code civil doit-elle demeurer irréfragable ? », D. 59.261 et spécialement 264-265. Deux opinions discordantes toutefois : celle des membres de la commission de réforme du Code civil, et celle de M. Simonin qui déclare préférer la solution actuelle, car le législateur « en allongeant le délai légal eût plus risqué de légitimer des naissances illégitimes que de méconnaître des grossesses légitimes ». Cette position, cependant, n'est sans doute pas incompatible avec celle qui a été votée au congrès de Marseille (*supra*, p. 28).

M. Mimin (71) a justement fait observer que, depuis le Code civil, « ce qui a changé, ce n'est pas la durée normale des gestations dans l'espèce humaine, c'est l'état de la science biologique appliquée à l'art médical, la possibilité de modifier la grossesse en vue d'un enfantement satisfaisant, et aussi la possibilité de déterminer, au moins dans certains cas et par des méthodes éprouvées, l'époque plus précise de la conception ». Cette dernière remarque nous conduit à nous demander dans quelle mesure le Droit admet, à l'intérieur de la période légale de gestation, une recherche de la date exacte de la conception.

B. — LES RÉTICENCES DANS LA RECHERCHE DU MOMENT EXACT DE LA CONCEPTION.

Connaître le jour de la conception est une entreprise possible pour un médecin, mais interdite à un juriste. Une cloison sépare le domaine d'application de ces deux arts. Toutefois, et surtout depuis les dernières acquisitions de la science en cette matière, cette cloison tend à devenir moins étanche. Certains tribunaux ont en effet accepté, dans des circonstances particulières, de tenir compte des indications fournies par les biologistes.

A vrai dire la recherche du moment précis de la conception est rarement nécessaire pour établir une filiation légitime. Le législateur, à juste titre, a édicté une règle générale qui crée au bénéfice des individus une dispense de preuve. L'existence d'une période légale de conception s'impose au même titre que la présomption de paternité. Il serait impensable d'exiger la preuve de la date de la conception chaque fois qu'une personne a besoin de prouver sa filiation légitime. Cette personne est légitime du moment qu'elle a pu être conçue pendant la période légale.

Mais la dispense de preuve qui en résulte ne devrait pas servir à masquer une légitimité ou une paternité mensongères. Dispenser quelqu'un d'une preuve n'équivaut pas à interdire à ses adversaires toute preuve contraire. C'est en effet lorsque la filiation légitime est contestée que le véritable problème se pose sous ses deux aspects : contestation de légitimité et contestation de paternité. Les adversaires de l'enfant peuvent-ils établir qu'étant donné l'époque à laquelle la conception s'est effectivement produite l'enfant ne pouvait être légitime ou ne pouvait être rattaché au mari de sa mère ? En d'autres termes si l'enfant a bien le droit de choisir la date de sa conception en fonction seulement de ses intérêts et de manière à être légitime, son choix s'impose-t-il à ceux qui voudraient le combattre ?

(71) Art. précité.

Concrètement, la contestation de légitimité conduit à s'interroger sur la date précise de la conception chaque fois que la période légale de 121 jours se place, en partie au cours du mariage, en partie à un moment où les « parents » étaient légalement dispensés du devoir de cohabitation (72). Les tribunaux refusent alors de rechercher la vérité pour trancher le litige : l'enfant n'a pas à tenir compte de la réalité physiologique, son choix arbitraire s'impose à tous.

La jurisprudence s'est montrée un peu plus soucieuse d'exactitude lorsque la détermination de la date de la conception permet d'écarter non pas seulement la légitimité mais d'abord la paternité. Toute la période légale de la conception s'est alors déroulée au cours du mariage mais les époux n'ont cohabité au cours de cette période que pendant quelques jours qui ne correspondent pas du tout avec la date effective de la conception. Le mari peut-il désavouer l'enfant alors que celui-ci entend fixer sa conception à la seule date qui lui est favorable ? Certaines juridictions ont autorisé le désaveu, acceptant ainsi de prendre en considération une expertise médicale relative à l'état de développement de l'enfant à la naissance (73).

Les trois arrêts qui ordonnèrent une expertise de ce genre nouveau furent rendus sur le fondement de l'article 313 (recel de naissance). Dans cette hypothèse, les plaideurs peuvent, une fois la dissimulation établie, proposer aux magistrats tous les moyens de preuve à l'appui de leurs prétentions. Demandeurs et défendeurs peuvent donc chercher à fixer exactement la date de la conception (74).

Cette solution, juste, ne peut qu'être approuvée. Rien dans le Code ne traduit *l'obligation générale* de réputer la conception *également* possible pendant toute la durée légalement fixée (75).

(72) La solution de ce problème sera étudiée plus attentivement dans le chapitre suivant.

(73) Angers, 18 janv. 1922, G.P., 22.1.331. — Nancy, 3 mai 1948, G.P., 48.2.62. — Paris, 26 fév. 1953, D. 53.445, note HOLLEAUX.

(74) Ce droit peut-il être accordé aux plaideurs agissant en désaveu sur la base d'un autre texte ? Oui dans le cas du désaveu préventif (art. 325) puisque, là encore, la preuve est libre. Non dans l'hypothèse de l'article 313, alinéa 2 (enfant conçu pendant l'instance en divorce) en présence des termes employés. « Le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance... » D'ailleurs dans ce cas, comme dans celui de l'article 314 (naissance au début du mariage), l'expertise serait inutile puisque le mari n'a pas à prouver sa non-paternité.

Non sans doute sur le fondement de l'article 312 : il faut prouver l'éloignement du mari ou son impuissance accidentelle « pendant le temps qui a couru entre le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance ». Il est vrai que les rédacteurs du Code n'ont pas dit « pendant tout le temps »...

(75) *Contra* PLANQUEEL, S. 1946.2.78 (et S. 1962.2.96) : « En toutes circonstances le législateur a entendu proscrire la recherche du moment de la conception. » C'est « une règle générale faisant partie intégrante de notre Droit civil

Scientifiquement, cette affirmation constituerait une contre-vérité manifeste. Tous les spécialistes s'accordent pour estimer qu'il est possible, sinon de fixer dans tous les cas le jour exact de la conception, du moins de circonscrire cette date à l'intérieur d'une période brève (76).

Le Droit doit accepter les découvertes scientifiques dont l'utilisation ne s'avère pas contraire à la nature de l'homme, à sa dignité. Le Droit, tout comme la biologie, part d'une observation des faits. C'est au détriment de l'homme que ces deux sciences s'ignorent. Si aucun obstacle moral ne s'oppose à leur interaction, elles doivent toutes les deux se mettre au service du plaideur qui demande la vérité.

La recherche du moment de la conception devrait-elle être écartée pour la raison que cette investigation troublerait profondément l'intimité du couple qui est à la base de la transmission de la vie ?

Mais recourir aux tribunaux pour établir ou contester une filiation, c'est déjà demander au juge d'intervenir dans le secret de deux vies privées. Le mari, en cas de désaveu, n'a-t-il pas un droit propre pour veiller sur la pureté de la famille dont il est le chef ?

Quoiqu'il en soit des moyens accordés pour consacrer l'appartenance à une famille, c'est toujours dans la force de la loi que les individus puisent leur légitimité. Leurs auteurs ont voulu une situation à laquelle le législateur a attaché de grandes conséquences parce qu'elle était éminemment souhaitable. La légitimité est un statut qui s'impose à quiconque, du moment que les conditions de son application sont réunies.

La loi n'offre pas aux particuliers le bénéfice de la légitimité, elle les oblige à s'y soumettre.

positif ». Ce « principe » de l'équivalence de tous les moments de la période est critiqué.

Cf. HOLLEAUX, « Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en Droit allemand, suisse et français » Rev. int. dr. comp., 1953.473 (483) qui le considère comme une « absurdité », citant le cas du prisonnier de guerre qui revient à son foyer dans les derniers jours de la période légale. D'autre part, on a proposé une recherche de la date exacte de la conception lorsque l'enfant est né d'une union posthume : « Il y aurait lieu, en raison du caractère artificiel du mariage posthume, de ne faire jouer ces délais de grossesse légaux que sous réserve de preuve contraire... Ainsi, dans l'exemple que nous envisageons d'un enfant né trois cents jours après le décès du mari posthume, il devrait être possible aux intéressés de rapporter la preuve, par expertise médicale, que l'enfant est né en réalité à un terme normal » (NOIREL, S. 1960, chr. 15 [23]).

(76) CHAUMONT, « Détermination de la date probable de la conception », Annales de médecine légale, 1961.110 : « Il existe une relation statistique précise entre la longueur de l'enfant à sa naissance et la durée réelle des grossesses... Il existe des tableaux très détaillés permettant d'apprécier la vraisemblance ou l'invraisemblance d'une durée de conception par rapport au degré de développement de l'enfant à la naissance. »

Aujourd'hui, cependant, cette affirmation n'est plus totalement exacte. La jurisprudence a en effet admis que, dans certaines circonstances, un individu ne sera légitime que s'il *accepte* cet avantage que la loi lui accorde. La filiation repose alors sur la loi *et* sur la volonté de l'enfant.



CHAPITRE II

Les entorses à la vérité résultant d'une possibilité de choix de l'enfant.

Le simple énoncé de l'intitulé de ce chapitre surprend : comment la qualité d'enfant légitime peut-elle résulter d'un acte de volonté du bénéficiaire? La filiation d'un individu semble ne dépendre que des données objectives auxquelles la loi a voulu attacher un pouvoir particulier. Une personne est légitime si les deux parents dont elle est issue étaient mariés lors de sa naissance ou de sa conception. On ne voit pas comment quelqu'un pourrait, à son gré, se prétendre légitime. Tout au plus, dans certains cas exceptionnels où la notion de fraude est sous-jacente, les particuliers peuvent demander aux tribunaux le bénéfice de la légitimité, mais en établissant que cette qualité résulte légalement des circonstances de la cause. Leur seul rôle est de mettre en route un mécanisme fixé par la loi, mécanisme préexistant à l'action en justice. De toute façon, le recours à l'organe judiciaire est indispensable et le jugement sera déclaratif, non pas constitutif de droit. L'Etat est directement intéressé à la composition des familles légitimes; c'est lui qui en fixe les bases par voie d'autorité.

Mais le législateur n'a pas prévu toutes les situations qui se sont présentées en pratique. Pour leur apporter une solution, les tribunaux ont recherché l'esprit de la législation. L'idée dominante est le désir de favoriser l'enfant et c'est pour cette raison que la légitimité est admise dans des cas où elle est invraisemblable (article 315 C. civ.) (1).

(1) *Contra*, voir notamment BATIFFOL, note au S. 1941.27 : « Si la faveur à la légitimité est certaine dans le Code civil, elle ne coïncide pas nécessairement avec la faveur à l'enfant, elle concerne la famille entière. » CACHIA, « Les conflits de filiation en Droit français », Rev. trim. Dr. civ., 1953, p. 613 et sur-

L'intérêt de l'enfant étant au centre des préoccupations des rédacteurs du Code, on en a déduit que l'on pouvait alors, dans des cas exceptionnels, l'autoriser à choisir lui-même sa filiation.

Dans tous les cas que nous allons examiner, l'enfant a été légalement conçu à une période où sa mère a été tour à tour mariée, puis exempte de toute obligation de cohabitation, soit qu'elle ait été alors complètement libre, soit qu'au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps le juge lui ait fixé une résidence séparée.

La décision de principe en la matière est l'arrêt Héransval rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation le 8 mars 1939 (2).

A vrai dire, on pourrait penser que, strictement, cet arrêt n'intéresse pas directement la question que nous traitons. En effet, la qualité d'enfant légitime ne pouvait pas, en l'espèce, être contestée. Le point de droit litigieux touchait simplement la date de conception de cet enfant. Mais la solution dégagée par les chambres réunies allait permettre à l'enfant, dans d'autres circonstances voisines, d'exercer un choix dont la conséquence directe était alors d'écarter la présomption de légitimité ou d'en bénéficier.

On se rappelle les faits : un homme est victime d'un accident de travail très grave; le lendemain, il se marie avec sa concubine et décède 6 mois plus tard. Sa veuve, 244 jours après le mariage, met au monde une fille. Elle réclame pour son enfant le bénéfice de la rente versée en cas d'accident du travail aux descendants de la victime.

Mais pour avoir droit à cette rente, l'enfant doit : ou bien être un enfant naturel reconnu avant l'accident, ou bien être un enfant légitime déjà conçu au jour de l'accident.

La première hypothèse doit être écartée en notre espèce. D'une part, en effet, l'arrêt Degas a déclaré que l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage est légitime, et cela dès sa naissance. Si donc l'enfant conçu à coup sûr avant le mariage et né pendant est légitime, *a fortiori* la même solution doit-elle être donnée pour l'enfant dont la conception peut se placer, soit avant, soit pendant le mariage.

D'autre part cet enfant, à le supposer même titulaire d'une filiation naturelle, n'avait pas été reconnu, ce qui l'empêchait de bénéficier de la rente.

La seconde hypothèse s'avérait, elle aussi, d'application difficile en l'espèce : peut-on considérer que l'enfant Héransval était déjà conçu au jour de l'accident ? L'arrêt Degas permet d'affirmer que l'enfant, né pendant le mariage, est légitime depuis sa conception.

tout 627. ROUAST, « Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime », Rev. trim. Dr. civ., 1941.223.

(2) D.C., 1941.37, note JULIOT DE LA MORANDIÈRE, S. 41.1.25, note BATIFFOL, D.H., 39.193.

Mais il ne permet pas de résoudre la difficulté présente : à quel moment placer cette conception : avant ou après la célébration du mariage ? Si nos tribunaux étaient guidés par le seul souci de la vérité, ils rechercheraient le moment exact de la conception, et à partir de cet instant, l'enfant serait légitime (puisque par hypothèse l'enfant est né au cours du mariage et que, depuis l'arrêt Degas, la naissance pendant le mariage est une source de légitimité) (3).

Cette ligne de conduite soulève quelques difficultés d'ordre juridique et matériel. Notre Droit autorise-t-il une telle investigation ? Nous avons vu précédemment qu'aucun texte ne s'y oppose formellement.

Parviendrait-on dans tous les cas à l'exactitude souhaitée ? L'expertise biologique fournirait sans doute bien souvent la solution car il s'agit moins de connaître le jour précis de la conception, que de déterminer si elle a pu se produire avant ou après telle date. S'il apparaît, médicalement, que la conception a eu lieu dans l'intervalle de quelques jours qui est justement celui au cours duquel a été célébré le mariage, il appartiendrait au juge de trancher le litige grâce aux présomptions de l'homme : un concubinage existait-il avant l'accident, l'état de santé du père permettait-il de penser que des relations sexuelles pouvaient être entretenues après le mariage, la précipitation avec laquelle l'union avait été célébrée pouvait-elle s'expliquer autrement que par la grossesse de la mère, la correspondance des parties faisait-elle allusion à la grossesse avant le mariage, etc. ? (4). La jurisprudence ne s'est pas engagée dans cette voie. Elle n'a pas non plus présumé de manière irréfragable que l'enfant devait être conçu pendant le mariage. C'est une affirmation dont dépendait l'état même d'enfant

(3) On est peut-être tenté de penser qu'il s'agit là d'une recherche de la vérité au sein du mensonge (légitimité antérieure au mariage) et que par conséquent ce scrupule n'a plus beaucoup de sens. En fait la légitimité n'est pas une notion « naturelle » en ce sens que, physiologiquement, il n'existe pas de filiation *légitime*. Cette qualité accordée à la filiation est artificielle, elle est l'œuvre du législateur. Par conséquent, il lui appartient, ainsi qu'aux tribunaux appliquant les textes qu'il édicte, d'en poser la définition. Cette recherche de la vérité, nous ne l'entreprenons donc qu'au sein d'un système à la base duquel la notion de mensonge n'a pas sa place, puisqu'elle résulte d'une intervention arbitraire du législateur.

(4) M. ROUAST (Rev. trim. Dr. civ., 1941.239) est opposé à cette manière de résoudre le conflit : « cette tendance poussée à l'extrême conduirait à supprimer la règle *pater is est quem nuptiae demonstrant* pour y substituer dans chaque cas des preuves directes ; or, les preuves en cette matière ne peuvent qu'être incertaines ». Il nous semble cependant qu'une preuve, même incertaine, est préférable à l'exercice discrétionnaire d'un droit d'option.

V. aussi l'objection faite notamment par M. PLANQUEL : « il est évident qu'en fixant les durées de la plus longue et de la plus courte gestation, le législateur a entendu, par là même, prohiber d'une manière absolue la recherche du moment de la conception de l'enfant », S. 1962.296, S. 1946.2.77. Nous avons précédemment combattu cette position.

légitime lorsque la conception pendant le mariage était la seule source de légitimité. Elle ne se justifiait que par une considération pratique qui n'existe plus maintenant. Les chambres réunies en 1939 ont préféré donner à l'enfant la possibilité de fixer lui-même la date de sa conception, en fonction de son intérêt. « L'époque de la conception... doit, dans l'intérêt de l'enfant, être réputée antérieure à l'accident » (5). Toute considération *objective*, fondée sur la réalité des faits, est écartée. Au cours de la période de 121 jours pendant laquelle la conception a légalement eu lieu, l'enfant peut librement fixer le moment où elle s'est placée. Peu importe que cette date ne soit pas celle de la conception réelle. La vérité est délibérément ignorée.

Dans l'affaire Héransval, l'enfant, en choisissant ainsi la date de sa conception, ne mettait en jeu que des intérêts pécuniaires. Surtout, il ne contestait aucunement la réalité ou la qualité de sa filiation. Mais la jurisprudence allait tirer du principe général dégagé en 1939 des conséquences bien plus importantes. Elle l'appliqua en effet dans des hypothèses où cette option retentissait directement sur la filiation de l'enfant : celui-ci pourra dégager un homme de la paternité qui lui incombait en principe et l'imposer à un autre. Il pourra se prétendre issu de telle personne plutôt que de telle autre. Ainsi il choisira comme père le second mari de sa mère lorsque cette union aura entraîné légitimation, ou bien peut-être même dans certaines conditions un homme qui n'a jamais été l'époux de sa mère.

§ 1. — Première option de l'enfant : légitimité d'origine ou légitimité acquise.

La question de savoir si un enfant est légitime ou légitimé s'est déjà posée pour l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage. Mais le caractère de la légitimité n'influençait nullement la paternité elle-même. Au contraire, dans les cas que nous allons étudier, si l'enfant est légitime il est le fils du premier mari de la mère, s'il est légitimé il est né de la seconde union. C'est ce droit d'option alors accordé à l'enfant qui demande à être précisé.

A. — LES SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE.

Nous envisagerons deux cas. L'enfant est né entre le 180^e et le 300^e jour après la dissolution du mariage de sa mère; celle-ci a contracté une seconde union entraînant ou susceptible d'entraîner légitimation

(5) Arrêt du 8 mars 1939, précité. Voir déjà le premier arrêt rendu par la Cour de Cassation dans cette affaire : Civ., 5 janv. 1935, S. 36.1.17, note ESMEIN, D. 35.1.5, note ROUAST.

de l'enfant. L'enfant est né entre le 180^e et le 300^e jour après l'ordonnance fixant aux époux une résidence séparée au cours d'une instance en divorce; ici encore la mère s'est remariée, et cette seconde union a emporté légitimation de l'enfant.

Examinons la première hypothèse. La Cour de cassation, en 1842 (6), avait déjà été saisie de cette question. Le second mariage de la mère avait emporté légitimation de l'enfant né 283 jours après le décès du premier mari. A la mort du second mari, un collatéral voulait venir seul à la succession. Sa prétention fut repoussée, car la présomption reliant au mariage l'enfant né dans les 300 jours de sa dissolution est établie dans son intérêt. « On ne peut pas invoquer contre l'enfant une disposition qui n'a été faite que dans son intérêt » déclara la Cour de cassation. D'ailleurs les époux étaient séparés depuis plus de 7 ans lorsque l'accouchement s'était produit.

Le tribunal civil de Lille en 1945 (7) eut à connaître d'un litige reposant sur des données assez voisines. L'enfant était né 189 jours après le décès du mari de sa mère. Celle-ci s'était remariée avec un homme qui avait avoué sa paternité et entretenu l'enfant. Toutefois aucune reconnaissance formelle n'avait eu lieu. L'enfant demandait au tribunal de prononcer sa légitimation « post nuptias ». Son intérêt était alors de prétendre qu'il avait été conçu dans les neuf jours ayant suivi la mort de son père légitime. En réalité, il avait certainement pour père le second mari de sa mère, mais très vraisemblablement, il avait été conçu alors que le premier mariage subsistait encore. Le tribunal fit droit à sa demande : il « invoque à juste titre la règle déduite des articles 310 et suivants du Code civil, d'après laquelle l'enfant peut placer ce moment à une époque quelconque de sa conception ».

On peut donc dire que la règle qui présume conçu pendant le mariage l'enfant dont la conception se place à un moment où sa mère a été successivement mariée, puis libre, a été faite dans son intérêt (8).

Mais la jurisprudence a débordé ce cadre déterminé en 1842. La solution dégagée a été appliquée lorsque, anticipant sur la dissolution du mariage demandée en justice, la femme a eu des relations avec un tiers. L'enfant est né entre le 180^e et le 300^e jour après l'ordonnance fixant à sa mère et au mari de celle-ci une résidence séparée au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps.

Aux termes de l'article 313 alinéa 2 du Code civil, lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après cette ordonnance, il pourra être désa-

(6) Civ., 23 nov. 1842, D. 45.1465, S. 43.15.

(7) Trib. civ. Lille, 31 juill. 1945, S. 46.2.77, note PLANQUEEL.

(8) Avec cependant un tempérament que nous examinerons dans le § suivant.

voué par le mari de sa mère sur simple dénégation. On en déduit que, si l'enfant est né avant l'expiration de ce délai de 300 jours, il est rattaché au mari de sa mère dans les mêmes conditions que s'il était né normalement au cours du mariage. L'obligation de fidélité subsiste en effet, bien que l'obligation de cohabitation ait cessé.

Mais la mère s'est remariée avec son amant et a légitimé l'enfant. L'article 331 alinéa 2, 2° prévoit en effet la légitimation des enfants « réputés conçus à une époque où le père et la mère avaient un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'article 878 C. pr. civ. ».

L'article 313 et l'article 331 pris isolément conduisent donc à donner à l'enfant deux pères différents. Pour résoudre ce problème, la cour de Rennes, le 14 janvier 1937 (9), s'en était remise à la sagesse des tribunaux qui devaient apprécier en fait la paternité la plus vraisemblable.

Dans la célèbre affaire Brousson, la cour de Lyon, le 24 juin 1937 (10), fit prévaloir l'article 331 et la chambre des Requêtes, le 23 septembre 1940 (11), consacra pour l'enfant la possibilité d'écarter la présomption de *légitimité* pesant sur lui. « La présomption de légitimité n'a pas un caractère absolu et n'est établie qu'en faveur et au profit de l'enfant. »

Dans ce cas, la règle que l'enfant peut discrétionnairement écarter est donc celle qui attribue au mari de la mère les enfants conçus pendant le mariage. Elle subsistait au contraire lorsque la date de conception pouvait se placer au cours du mariage ou en dehors de lui. L'enfant avait-il choisi de situer cette date au cours de la première union ? Alors : « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » : il était légitime. Préférait-il la solution inverse ? Il se détachait complètement du premier mari de la mère. On mesure ainsi la différence séparant les arrêts de 1842 et de 1940. Il est vrai qu'entre-temps étaient intervenus les arrêts Degas et Héransval. Que penser de ces solutions ?

(9) D.P., 37.45.

(10) D.P., 38.246, conclusions DAMOUR. La filiation de l'enfant fut contestée au décès du sieur Brousson, second mari, par son époux et un fils légitime né d'une première union.

(11) D.C., 41.4, note LALOU, G.P., 40.2.154, conclusions LYON-CAEN, J.C.P., 41.1607, note BRETON, S. 41.1.1, note ESMEIN. Sont favorables à cette solution MM. ESMEIN, LALOU, LYON-CAEN, RÉZETTE, « Date de la conception et source de la légitimité », p. 65, avec des réserves, p. 67. *Contra* : BRETON, R. SAVATIER, note au D.P., 1937.245, ROUAST, Rev. trim. Dr. civ., 1941.223, CACHIA, Rev. trim. Dr. civ., 1953.625, BERR, Rev. trim. Dr. civ., 1964.635 (651).

B. — APPRÉCIATION CRITIQUE DES SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE.

M. Foyer, garde des Sceaux, disait en 1965 (12) : « La jurisprudence de ces dix ou quinze dernières années, souvent motivée par des considérations d'espèce, a introduit — le mot n'est pas trop fort — un subjectivisme et une incertitude dans le droit de la filiation... Il faudrait, me semble-t-il, revenir à cette idée sage et simple que la filiation, c'est d'abord un fait, une réalité physiologique. N'est-il pas quelque peu abusif de laisser ce fait dépendre exclusivement de la volonté soit des parents, soit même de l'enfant ? » La critique du droit d'option peut se faire sur différents plans .

— Sur le plan des principes régissant le Droit de la filiation, la place accordée à la volonté de l'enfant est excessive. Nous avons dit dans l'introduction de ce chapitre que l'état des personnes dépend des règles impératives fixées par le législateur et non pas des individus eux-mêmes. Toutefois, ce qui à notre sens heurte la réglementation légale, ce n'est pas essentiellement le choix donné au départ à l'enfant. Jamais l'enfant n'a à prouver la date de sa conception, pourquoi ne pas lui accorder ici aussi le bénéfice de la présomption de légitimité ? En s'élevant contre le rôle exorbitant donné aux intéressés dans la création des liens de filiation, on critique le procédé et non pas le but poursuivi. Ce qui est grave, c'est l'affirmation de principe aux termes de laquelle la légitimité n'est établie qu'en faveur de l'enfant. Si l'on admet ce principe, on doit logiquement en admettre la conséquence, c'est-à-dire le choix *discrétionnaire* de l'enfant. La principale critique contre les solutions de la jurisprudence résulte donc de l'impossibilité pour les adversaires de l'enfant de combattre son choix : on refuse en effet toute preuve contraire parce qu'on fait reposer la légitimité uniquement sur l'intérêt de l'enfant. Or, sous peine de perdre son sens, le Droit de la filiation doit s'efforcer de traduire la réalité.

Nous sommes ainsi amenés à une seconde remarque concernant l'appréciation des solutions jurisprudentielles au regard de la vérité biologique.

— Dans les diverses espèces que nous livrent les recueils de jurisprudence, il était à peu près certain que la conception n'avait pas eu lieu à l'époque choisie par l'enfant. Si l'on autorisait les adversaires de l'enfant à établir la date précise de la conception, on donnait indirectement à l'enfant une autre filiation. Mais alors surgissait une difficulté majeure : la filiation retenue par l'enfant était biologiquement exacte ! L'amant était bien le père de l'enfant... mais l'enfant avait été conçu au cours du premier mariage ! Etablir la vérité quant

(12) « Notre République », 24 septembre 1965.

à la date de la conception, c'était imposer à l'enfant un père qui n'était pas le sien, c'était donc finalement aller contre la vérité... La réglementation légale en matière de filiation, parce qu'elle ne repose pas uniquement sur la vérité biologique, impose en notre matière un mensonge soit au niveau de la paternité soit au niveau de la date de la conception. Mais comment critiquer la position des tribunaux au nom de la vérité biologique puisque la libre détermination de l'époque de la conception permet finalement de faire correspondre la paternité selon le sang et la paternité selon le Droit ? (13).

Sans doute la règle générale dégagée par la jurisprudence pourrait-elle dans certains cas servir à couvrir une fausse paternité. Toutefois l'homme auquel elle serait à tort imposée pourrait parfois la contester, non pas en s'opposant au choix de l'enfant, mais en utilisant d'autres règles du Code civil. Si l'enfant place sa conception au moment où sa mère avait une résidence séparée et s'il décide de se rattacher à la seconde union qui a emporté légitimation, son option pourra tomber s'il apparaît que le premier mari s'est toujours occupé de lui et l'a traité comme son fils (art. 331 al. 2, 2^o C. civ.). De plus, la reconnaissance qui est à la base de la légitimation peut toujours être contestée si elle s'avère mensongère (art. 339 C. civ.).

Les résultats du choix arbitraire de l'enfant sont donc la plupart du temps conformes à la vérité biologique. Mais la vérité juridique ainsi affirmée l'est-elle de façon définitive ? L'enfant ne pourrait-il pas revenir sur son option ?

— Le problème du caractère irrévocable de l'option peut se trouver posé concrètement dans le cas suivant. Une femme met au monde un enfant 200 jours après le décès de son mari. Afin de venir à la succession, l'enfant place sa conception au cours du mariage. La mère se remarie ultérieurement et l'enfant est reconnu. Le second mari décède à son tour. L'enfant pourrait-il aussi venir à cette succession en plaçant cette fois sa conception dans les vingt jours ayant suivi la dissolution du premier mariage ? L'article 342 *bis* est sans application puisqu'il ne règle que les conflits entre deux paternités naturelles (14).

Le double choix est généralement accordé à l'enfant car l'option exercée dans un litige avec les héritiers du premier mari ne le lie pas à l'égard des héritiers du second mari (15). Son acte n'a pas une

(13) Le problème se pose en termes très voisins lorsque l'enfant a le choix entre une filiation naturelle simple ou adultérine (voir *infra*, pp. 512 et suiv.).

(14) C'est du moins l'interprétation qu'en donnent les tribunaux. Cass. civ., 18 mai 1960, D. 60.445, note HOLLEAUX, J.C.P., 60.11729.

(15) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, note sous Cass. ch. réunies, 8 mars 1939, D.C., 41.37.

portée absolue, il ne l'engage qu'à l'égard des personnes auxquelles il l'oppose. On aboutit à une situation qui n'est pas sans rappeler celle existant avant 1955 lorsqu'un enfant pouvait être reconnu par deux pères différents. Toutefois, c'est l'enfant qui, ici, choisirait successivement plusieurs pères et c'est la raison pour laquelle certains auteurs ont refusé la dualité de paternités. L'indivisibilité de l'état, la logique et la vérité (l'« ordre public » dira M. Esmein) « s'opposent à ce que l'enfant se gère comme ayant deux pères » (16).

Le droit d'option accordé à l'enfant, même s'il n'est pas toujours en harmonie avec certains principes du Droit de la filiation, présente cependant l'avantage de conférer généralement une filiation paternelle conforme à la vérité. Mais cet avantage ne subsiste, nous allons le voir, que dans la mesure où les deux filiations entre lesquelles l'enfant a le choix sont des filiations légitimes.

§ 2. — Seconde option de l'enfant : filiation légitime ou filiation naturelle.

Un enfant naît 211 jours après le décès du mari de sa mère. Il est reconnu par un tiers (17), mais une seconde union n'est pas contractée. L'auteur de la reconnaissance étant décédé accidentellement, la mère réclame une indemnité pour l'enfant. Elle invoque l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation de 1842 (18) qui, dans un cas selon elle voisin, avait permis à l'enfant de placer sa conception après la dissolution du mariage de sa mère. Mais le tribunal civil de Marseille (19) refusa de faire droit à cette demande pour deux raisons essentielles.

L'article 315, *a contrario*, implique qu'un désaveu peut seul retirer à l'enfant né dans les 300 jours de la dissolution du mariage sa qualité originaire. Il bénéficie « d'une légitimité qui ne peut lui être ravie sauf le cas de désaveu ». Mais alors une contestation, résulterait-elle implicitement d'une légitimation ultérieure (20), serait impossible puisque les héritiers sont seuls à pouvoirs user du désaveu de paternité.

L'argument déterminant fut le suivant. En 1842, l'enfant était en toute hypothèse légitime. En 1914, il n'était légitime que s'il plaçait sa conception à un certain moment. Le droit d'option ne constitue pas une technique générale de solution valable pour tout enfant qui peut avoir été conçu pendant le mariage ou après sa dis-

(16) S. 1936.1.17.

(17) « La reconnaissance... résulte tant de l'acte de naissance que d'un jugement du tribunal d'Aix », ce qui peut constituer un élément favorable à la réalité de la paternité.

(18) Civ., 25 nov. 1842, précité, D. 45.1.125.

(19) Trib. civ. Marseille, 6 janv. 1914, S. 14.2.125.

(20) C'était le cas dans l'espèce jugée en 1842.

solution. C'est un procédé permettant de départager deux légitimités et non deux paternités. Si l'enfant peut indirectement choisir sa paternité, c'est parce qu'il reste dans le cadre de la filiation légitime. Mais il est sans pouvoir si son choix implique une option entre deux filiations de qualité essentiellement différente. Par principe, tout enfant qui peut avoir été conçu pendant le mariage est légitime. Le souci d'intégrer dans une famille légitime tous les enfants qui peuvent en être issus est à la base de cette décision, dont au surplus il ne convient pas d'exagérer la portée car elle est restée isolée (21).

Nous avons essayé de définir, jusqu'ici, quels individus pouvaient prétendre bénéficier d'une filiation légitime. Nous savons que c'est elle qui a recueilli la faveur des rédacteurs du Code civil; elle reçoit application même dans des hypothèses où elle est cependant très peu vraisemblable.

Mais en ce domaine comme en tout autre les questions de preuve sont inséparables des questions de fond, à tel point qu'il est parfois très difficile de les dissocier. « *Idem est non esse et non probari.* » Un droit n'existe que si on peut le démontrer. C'est à cet obstacle que se heurte bien souvent, dans tous les domaines, une recherche de la vérité.

Cette question des moyens de preuve utilisables et des personnes susceptibles d'y recourir est tellement importante que nous allons maintenant y consacrer la suite des développements de cette partie.

(21) Dans une hypothèse assez particulière, relevant en partie des règles sur la nationalité, la Cour de Cassation, le 21 juin 1933 (S. 34.1.69) a donné une solution apparemment semblable. Mais elle a bien précisé qu'elle statuait dans le cadre d'une législation spéciale (la loi du 31 mars 1928) qui soumettait aux obligations militaires les personnes françaises par leur acte de naissance.

TITRE II

LES LIMITES A LA RECHERCHE DE LA VERITE DANS LA PREUVE DE LA FILIATION LEGITIME

Nous entendons ici le mot « preuve » dans un sens large. Il ne s'agit pas uniquement de se demander quels procédés, quelles techniques, peuvent être matériellement utilisés pour démontrer une filiation légitime. Il s'agit aussi de voir à quelles conditions juridiques est subordonnée l'admission de ces moyens. Le lien entre questions de fond et questions de preuve apparaît alors immédiatement. Si le Droit est favorable à une institution, il autorisera tous les intéressés à l'établir, une simple présomption suffira; mais personne ne pourra la contester, ou alors un seul individu mais qui devra utiliser des moyens strictement limités et se heurtera à des conditions de recevabilité, des fins de non-recevoir, ou des délais.

La filiation d'une personne constituant une pièce essentielle de son état au sein de la société, le Droit en a strictement réglementé la preuve.

Etant donné l'utilité pour quiconque d'être fixé sur ce point, les rédacteurs du Code civil ont voulu d'abord créer un moyen rapide et pratique.

Nous étudierons donc en premier lieu comment l'on peut, en dehors de toute instance en justice, établir une filiation légitime et quelles garanties de sincérité s'attachent à ce mode de preuve.

S'il fait défaut, les tribunaux ont reçu le rôle d'y suppléer. Nous verrons alors comment l'on peut, judiciairement, remédier à cette carence.



SOUS-TITRE PREMIER

LA VERITE ET LA PREUVE EXTRA-JUDICIAIRE DE LA FILIATION LEGITIME

La preuve de la filiation légitime suppose réunies celles de la filiation et celle de la légitimité.

Nous ne parlerons pas ici de la preuve de la légitimité : il suffit de mentionner que le mariage de deux personnes résulte en principe de la présentation de l'acte de célébration (art. 194 C. civ.), consigné dans les registres de l'état civil, ou exceptionnellement de la possession d'état d'époux (art. 197 C. civ.).

Nous n'envisagerons que la manière dont une personne peut établir la réalité de sa filiation. Deux voies lui sont ouvertes : présenter un document officiel — son acte de naissance — ou réunir un nombre suffisant de présomptions d'où résulte son rattachement à un couple.

De ces deux moyens, le premier seul est couramment utilisé en dehors de toute instance en justice.

La création d'un instrument de preuve commode était le corollaire du désir de favoriser la légitimité. Mais quelles précautions sont prises pour s'assurer qu'il reflète la vérité ?

Si l'intéressé ne peut fournir son acte de naissance, ou si ce document ne remplit pas son rôle de preuve de la filiation, il lui reste la ressource d'établir sa possession d'état d'enfant légitime. Se rapprochera-t-on ainsi davantage de la vérité ?



CHAPITRE PREMIER

Les inexactitudes et omissions de l'acte de naissance.

La filiation légitime se prouve normalement par l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil (art. 319 C. civ.). Ce moyen de preuve est le plus simple et le plus usuel. Il est donc important de se demander si tout individu possède grâce à son acte de naissance une filiation exacte. L'acte de naissance reflète-t-il fidèlement la vérité ?

Incontestablement l'acte de naissance reproduit dans leur intégralité les déclarations faites au moment de la naissance. Toute une série de précautions formelles entoure l'enregistrement des déclarations. Les actes de naissance sont des actes authentiques reçus par des officiers publics et jouissent donc d'une force probante exceptionnelle (1). Ils sont consignés sur des registres (2) cotés et paraphés par un juge du tribunal d'instance et tenus sans blanc ni rature en double original, un exemplaire restant à la mairie et l'autre étant envoyé au greffe du tribunal de grande instance. Le procureur de la République vérifie l'exemplaire déposé au greffe.

Toutes ces précautions tendent à donner, sur le plan de la forme, le maximum de sécurité et d'exactitude aux déclarations consignées. Mais cette garantie, tout en étant nécessaire, n'est cependant que secondaire. L'essentiel n'est pas la conformité entre ce qui a été dit et ce qui a été écrit, mais la conformité entre ce qui a été dit et ce qui

(1) Limitée évidemment à ce que l'officier d'état civil a personnellement constaté : lieu, date, heure de la rédaction de l'acte, présence d'un individu prétendant se nommer X... et qui a fait les déclarations rapportées.

(2) Ou sur des feuilles mobiles reliées aux registres (décret du 3 août 1962, sous l'article 54 C. civ.). Il faut alors une autorisation du Garde des Sceaux.

est. Or, de ce point de vue, l'acte de naissance n'est pas toujours une reproduction fidèle de la réalité. L'indication de la filiation n'est pas un élément indispensable de l'acte de naissance : il existe des filiations secrètes. D'autre part, aucun contrôle d'exactitude n'étant effectué au moment de l'établissement ou de l'utilisation des actes de naissance, certaines filiations peuvent être mensongères.

SECTION I

LES FILIATIONS SECRÈTES

L'acte de naissance d'un individu ne contient pas automatiquement des indications relatives à sa filiation. Le législateur a respecté la discrétion dont certains parents veulent faire preuve à l'égard de leurs enfants. Les père et mère sont libres de taire leur parenté. L'acte de naissance sera incomplet.

Mais pour respecter le secret de la naissance, le législateur a encore été plus loin : il a autorisé la création d'actes de naissance artificiels dont le but est généralement de ne pas permettre l'identification des parents.

§ 1. — Les actes de naissance incomplets.

Le contenu des actes de naissance est fixé par l'article 57 du Code civil. Les énonciations sont relatives soit à l'enfant — le jour, l'heure et le lieu de sa naissance, son sexe et ses prénoms —, soit à ses parents — leur nom, prénom, âge et domicile —, soit à l'identité du déclarant. Les mentions les plus importantes pour nous concernent bien entendu l'identité des parents puisque ce sont elles qui détermineront la filiation de l'enfant.

L'indication du nom de la mère seule est suffisante pour donner à l'enfant un titre de filiation complet (3). La paternité du mari ne résulte pas en effet de sa désignation dans l'acte de naissance, mais de la présomption établie par l'article 312 du Code civil. La mention du nom a dès lors une importance de tout premier plan. Or elle est rendue facultative par cette phrase de l'article 57 : « Si les père et mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier d'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce

(3) Cass. Req., 22 juill. 1913, D.P., 17.1.50 - Cass. civ. 10 oct. 1955, D. 56.3, contrairement à l'ancienne jurisprudence Cass. Req., 9 janv. 1854, S. 54.1.689 - Cass. Req., 30 déc. 1868, S. 69.1.249 - Cass. Req., 13 nov. 1882, S. 83.1.272 : une action d'état était alors nécessaire.

sujet. » La possibilité de taire le nom des parents est donc expressément prévue (4).

Le but principal de l'acte de naissance est de constater le fait matériel de la venue au monde à telle date et en tel lieu d'un enfant de tel sexe. On veut donner à l'enfant une place dans la société mais pas obligatoirement dans une famille déterminée. On poursuit un but technique de police, d'intérêt public. On considère le citoyen plus que l'individu, l'homme adulte plutôt que l'enfant.

De plus, en permettant au déclarant de ne pas faire connaître le nom des parents (5), le législateur a aussi espéré éviter des avortements ou des infanticides. La femme qui est certaine de pouvoir garder l'anonymat et de cacher sa « faute » (6) ne recourra peut-être pas à ces solutions extrêmes.

En matière de filiation légitime, c'est en effet l'adultérinité de l'enfant qui est la cause des omissions dans les actes de naissance. L'acte de naissance est incomplet parce que la filiation de l'enfant ne peut pas juridiquement être dévoilée. Généralement la mère s'occupe cependant d'élever l'enfant. Mais si elle veut vraiment que la naissance et pas seulement la filiation soit ignorée de tous, elle dispose d'un moyen encore plus énergique : abandonner l'enfant. Pour respecter son secret tout en donnant à l'enfant une place dans la société, un acte de naissance artificiel sera dressé.

§ 2. — Les actes de naissance artificiels.

Ils supposent généralement un abandon de l'enfant, une volonté des parents de se séparer de lui. Mais tantôt l'acte de naissance primitif n'existe pas, ou bien est inconnu, ou bien volontairement n'a pas été dévoilé, tantôt l'acte de naissance artificiel a pour but d'établir une filiation contraire à la réalité (enfant adopté).

A. — LES ENFANTS ABANDONNÉS (ART. 58 C. CIV.).

L'article 58 C. civ. vise trois hypothèses dans lesquelles un acte de naissance non conforme à la vérité sera dressé : il s'agit des enfants trouvés, des enfants pour lesquels le secret de la naissance

(4) Cass. crim., 1^{er} juin 1844, S. 44.1.170, avec les conclusions contraires du procureur général.

(5) L'acte de naissance, qui ne vaudra pas titre de filiation, pourra cependant servir de preuve complémentaire dans une action en réclamation d'état si le demandeur est seul à prétendre en être titulaire.

(6) La mention « né de père ou de mère inconnu » a été interdite par la loi du 22 juillet 1922. Sirey, Recueil des lois et arrêts, 1922.631.

a été réclamé et des enfants abandonnés avec demande de secret de l'état civil.

Les enfants trouvés (7) sont placés sous la tutelle de l'Aide Sociale à l'enfance et immatriculés comme pupilles de l'Etat (art. 50 1° C. fam. Aide Soc.). Par définition leur filiation n'est pas établie ou est inconnue et il est indispensable de leur créer un état civil imaginaire. Mais leur acte de naissance provisoire sera annulé si leur acte de naissance réel est retrouvé (art. 58 C. civ.). La vérité biologique n'est pas camouflée, elle est seulement inconnue de tous.

Les enfants pour lesquels le secret de la naissance a été réclamé ne sont pas toujours abandonnés. La possibilité de demander le secret est précisément un des moyens employés pour éviter les abandons. Il existe dans chaque département des maisons maternelles (art. 41 C. fam. Aide Soc.) qui accueillent les femmes enceintes et leur assurent, si elles le désirent, le secret de leur accouchement. « Aucune pièce d'identité ne sera exigée et il ne sera procédé à aucune enquête » (art. 42 C. fam. Aide Soc.) (8). Un acte de naissance artificiel est dressé pour cette catégorie d'enfants. Si la naissance venait à être judiciairement déclarée, l'acte provisoire de naissance serait annulé (art. 58 *in fine* C. civ.). L'atteinte à la vérité biologique est plus grave que dans l'hypothèse précédente car la mère est connue, même si son identité est volontairement ignorée. La vérité est connue, mais elle n'est pas souhaitée.

Sont enfin dotés d'un acte de naissance artificiel les enfants abandonnés lorsque le secret de leur état civil a été demandé (art. 55, 5° C. Fam. Aide Soc.). Placés sous la tutelle de l'Aide Sociale, ils sont « dépourvus d'acte de naissance connu » (art. 58 C. civ.). Chaque département possède un bureau d'abandon, ouvert de jour comme de nuit. C'est là que sont reçues les personnes qui désirent abandonner secrètement leur enfant (art. 55 et 55 I C. fam. Aide Soc.). Cet enfant a déjà un état civil et certaines données (nom, date et lieu de naissance...) peuvent même être connues de l'Aide Sociale, soit qu'elles

(7) Leur nombre est peu élevé : 10 dans le département de la Seine en 1952 (il y avait la même année 499 enfants abandonnés). LELONG, SOULÉ, WEYL, « Problèmes sociaux et affectifs posés par l'abandon d'un enfant », Sauvegarde de l'enfance, 1955.426.

(8) La mère qui demande le secret est « isolée aussi bien à la maison maternelle qu'à la maternité et n'a aucun contact avec les autres pensionnaires. Il lui est simplement demandé de donner son nom sous enveloppe cachetée qui lui sera rendue intacte et qui ne serait ouverte que dans l'hypothèse d'un décès ». « Les institutions sociales de la France », t. II, p. 125.

L'art. 42 *in fine* précise que « le secret... ne sera pas maintenu lorsque le nom des père et mère légitimes figurera dans l'acte de naissance établi dans le délai prévu par les articles 55 et suivants du Code civil ».

aient été fournies par la personne qui procède à l'abandon (9) soit qu'elles résultent d'une enquête administrative (10). Mais toute personne faisant partie du service de l'Aide Sociale est tenue au secret professionnel (art. 81 C. fam. Aide Soc.) (11). Si donc certains renseignements concernant l'origine de l'enfant sont connus, ils ne seront pas divulgués puisque telle est la volonté de la personne ayant abandonné l'enfant. Un acte de naissance artificiel sera dressé. Toutefois une circulaire du 28 septembre 1959 émanant du ministère de la Santé publique et de la population (12) demande de respecter dans tous les cas la date exacte de naissance de l'enfant. Mais « rien n'interdit... de déclarer sous un autre nom que celui sous lequel il est désigné dans son acte de naissance primitif, un pupille à l'état civil secret... Les substitutions de nom ne devront cependant pas être opérées de manière systématique, mais seulement dans la mesure où elles paraîtront souhaitables dans l'intérêt de l'enfant ou pour garantir la conservation du secret en raison des complications qu'elles pourraient provoquer ultérieurement si le pupille était mis en mesure de retrouver son véritable état civil » (13).

Tout est donc mis en œuvre pour que l'enfant ne puisse jamais connaître ses véritables parents et pour que ceux-ci ne puissent jamais savoir ce qu'il est devenu. Une vérité officielle que l'on sait erronée vient masquer la réalité. Rien ne permettra à l'intéressé d'établir un lien entre ses deux actes de naissance, l'un réel, l'autre fictif (14).

La création de ces actes de naissance artificiels soulève des problèmes humains fort délicats. La mère prend seule une décision qui

(9) Elle n'est pas tenue de révéler son identité. Comment s'assurer dès lors que l'article R. 40, § 6, C. pénal n'est pas violé ? Cet article punit « ceux qui auront porté à un hospice un enfant au-dessous de l'âge de 7 ans accomplis qui leur aurait été confié afin qu'ils en prissent soin ou pour toute autre cause ». Voir ARNION, « L'aide sociale à l'enfance », n° 63, note 15.

(10) Cette enquête est interdite si l'enfant paraît âgé de moins d'un an.

(11) Ce secret est légèrement atténué en faveur des magistrats : communication possible des dossiers au cours d'une procédure d'adoption, indication du lieu où est tenu l'état civil à l'occasion d'une procédure pénale. Mais les renseignements ainsi obtenus ne doivent figurer ni dans la procédure ni dans la décision de justice.

(12) Cité in « Aide sociale à l'enfance et protection de l'enfance », Publication du J.O., n° 1219, éd. 1962.

(13) Cette même circulaire demande d'autre part aux directeurs départementaux de la population d'aviser « l'officier d'état civil de la mairie où l'acte de naissance réel aura été dressé, de l'établissement pour le pupille en cause d'un acte de naissance provisoire, sans autre précision... Cette indication permettra éventuellement de prouver... l'identité de la personne désignée dans les deux actes toutes les fois que l'intérêt du pupille ou de l'ancien pupille en cause le rendra souhaitable ».

(14) La circulaire déjà citée préconise de ne pas faire dresser l'acte fictif dans la mairie où a été dressé l'acte originaire.

concerne aussi deux autres personnes : le père et l'enfant. La solution législative fait bien peu de cas des droits de ces intéressés.

— Nous admettons volontiers que la mère abandonne rarement l'enfant contre le gré du père. Elle agit dans la plupart des cas sur ses conseils ou bien parce que, ayant été abandonnée par son amant, elle ne se sent pas la force d'élever seule l'enfant. On a pu dire, de manière pertinente, que « le secret de l'abandon... tend à assurer à celle-ci (la mère) les garanties de quiétude dont jouit pratiquement le père de l'enfant abandonné » (15). Toutefois s'il est rare que la mère abandonne l'enfant contre la volonté du père, l'affaire Novack nous a montré qu'il ne s'agissait pas là d'une hypothèse d'école : on se souvient que le jeune homme avait souscrit une reconnaissance prénatale et rapidement entrepris des démarches pour retrouver la mère et l'enfant. Aussi a-t-on pu soutenir en doctrine que « le père qui recherche son enfant doit pouvoir obtenir communication de tous les documents, même confidentiels par nature, susceptibles de l'éclairer sur l'identité de l'enfant » (16). Une modification des textes serait nécessaire pour cette réforme.

— L'enfant, de son côté, n'a-t-il pas un *droit* à connaître les conditions de sa naissance ? Le conflit est très net entre le droit au secret des uns et le droit à la vérité des autres. « On sait combien les pupilles ont la nostalgie de leur origine et combien sont nombreux ceux qui désirent retrouver leur famille. Ils obéissent à un instinct trop profondément humain pour qu'on puisse... leur opposer purement et simplement le secret professionnel » (17). Bien sûr l'administration ne peut trahir la confiance de la mère (18) : elle savait que l'enfant qu'elle abandonnait et qui allait recevoir un nouvel état civil ne connaîtrait jamais ses origines. Si elle n'avait pas eu cette garantie aurait-elle résisté à un geste criminel ? La solution consisterait peut-être à exiger dans tous les cas que la mère déclare son identité. Les services de l'Aide Sociale pourraient ainsi plus fréquemment lui demander d'autoriser la levée du secret lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige.

(15) CHARLES, « Le secret de l'abandon, son évolution », *Sauvegarde de l'enfance*, 1947, juin-juillet, p. 40.

(16) MOURCEON, « Le secret de l'accouchement et de l'abandon à l'assistance publique », *G.P.*, 1963.2, D. 65.

(17) CHARLES, art. cité, note 2. L'auteur pense que la règle du secret doit cependant subsister « pour les enfants non reconnus dont la mère, même connue du service de l'assistance à l'enfance, s'est toujours désintéressée ».

(18) ARNION, *op. cit.*, n° 94 : « Si des raisons majeures ne s'y opposent pas, le pupille est normalement en droit de connaître... l'identité de ses auteurs, les circonstances de sa naissance et les raisons de son entrée dans le service... [Mais] lorsque l'abandon a eu lieu « à bureau secret », le service est tenu de toute manière par son engagement, aussi longtemps qu'il n'en est pas relevé ».

Les actes de naissance dressés en application de l'article 58 C. civ. sont tous artificiels, mais la volonté de taire la vérité est plus ou moins grande. De plus ces actes de naissance sont rarement définitifs : ou bien les parents de l'enfant sont retrouvés, ou bien la mère n'a plus d'intérêt à voir subsister le secret de la naissance parce qu'elle élève l'enfant, ou bien encore elle vient reprendre l'enfant avant que l'abandon ne soit définitif. Dans toutes ces hypothèses la vérité sera généralement rétablie.

Mais dans la plupart des cas il y a abandon et l'abandon se terminera par une adoption avec rédaction d'un nouvel acte de naissance.

B. — LES ENFANTS ADOPTÉS (ART. 354 C. CIV.).

Ayant exclu de notre étude la filiation adoptive, nous nous contenterons d'indiquer rapidement les solutions découlant de la loi du 11 juillet 1966 : « l'acte de naissance originaire et le cas échéant l'acte de naissance établi en application de l'article 58 sont... revêtus de la mention " adoption " et considérés comme nuls ». La transcription du jugement prononçant l'adoption plénière « ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant » (art. 354 C. civ.). L'artifice est porté à son plus haut degré puisque c'est une filiation irrévocable (art. 359 C. civ.) et non conforme à la réalité biologique que l'on attribue à l'enfant.

Ainsi non seulement un acte de naissance n'est pas toujours un titre de filiation, mais le législateur s'oppose parfois à ce qu'il contienne tous les renseignements connus qui permettraient à son titulaire de connaître et d'établir la vérité. Peut-on du moins être assuré que lorsque l'acte de naissance mentionne la filiation, toutes les garanties ont été prises pour que l'on puisse croire à cette preuve des liens du sang ? Existe-t-il à côté des filiations secrètes des filiations mensongères ?

SECTION II

LES FILIATIONS MENSONGERES

Envisager le problème des filiations mensongères, c'est essentiellement s'interroger sur les contrôles exercés sur les actes de naissance.

Ces contrôles seraient nécessaires à deux moments : lors de la rédaction des actes de naissance de manière à s'assurer de la sincérité des déclarations enregistrées, et lors de l'utilisation des actes de nais-

sance de manière à s'assurer de l'identité entre l'enfant dont il est question à l'acte et la personne qui l'invoque. Deux risques sont en effet à craindre : la rédaction d'actes de naissance erronés et l'utilisation d'actes de naissance usurpés.

§ 1. — Les actes de naissance erronés.

La déclaration mensongère contenue dans l'acte de naissance peut concerner trois personnes : le père, la mère et l'enfant. Toutefois en matière de filiation légitime nous verrons que la filiation paternelle résulte non pas de l'indication du nom du père dans l'acte de naissance, mais de l'indication du nom de la mère. Dès lors, que le « père » ait ou non engendré l'enfant, la mention de sa paternité est pour nous — dans ce développement — sans intérêt. Une erreur volontaire ou involontaire concernant la paternité est sans conséquence sur la filiation. Les seules erreurs dont nous nous occuperons sont donc celles concernant la mère et l'enfant. Quelles précautions sont prises pour les éviter ?

A. — LES ERREURS CONCERNANT LA MÈRE.

Pour que l'indication de la filiation maternelle corresponde à la réalité, il faut être certain tout d'abord que la femme dont le nom est donné dans l'acte de naissance a effectivement accouché. Deux fraudes sont à redouter : une femme qui ne désire pas garder son enfant le « donne » à une autre qui simule un accouchement (19) (c'est un procédé qui permet de tourner les règles de l'adoption), ou bien un mari séparé de fait attribue à son épouse l'enfant mis au monde par sa maîtresse (20).

(19) MAZEAUD, t. I, Lectures, p. 191.

(20) Aix, 25 nov. 1940, D.C. 42.85, note HOLLEAUX. Voir aussi « L'Est républicain » du 2 déc. 1965 : né pendant la guerre, l'enfant ainsi illégalement déclaré à l'état civil découvre la supercherie à 22 ans.

Le déclarant encourt-il pénalement les sanctions de l'art. 147 C. pénal pour faux en écritures publiques ? *A priori* tous les éléments de l'infraction sont réunis : l'altération consciente de la vérité cause à l'enfant un préjudice. Toutefois, pour qu'il y ait faux, « l'altération de la vérité, qui est un élément essentiel du délit, doit nécessairement porter sur la substance même des faits que l'acte est chargé de recevoir ou de constater » (Cass. crim., 9 avr. 1962, Bull. Cass., 62, n° 175) M. VOULIN (Précis de Droit pénal spécial, n° 330) tire de ce principe la conséquence suivante : « Il n'y a pas faux si un homme marié attribue faussement à son épouse la maternité de l'enfant adultérin dont il déclare la naissance. » Est-il cependant certain que l'acte de naissance a pour seul but de constater la naissance ? Il crée aussi la filiation. Certes l'acte est valable s'il ne contient à ce sujet aucune mention. Il constitue néanmoins le moyen normal pour l'enfant d'acquiescer son titre de légitimité. La chambre criminelle, dans un arrêt il est vrai très ancien, avait d'ailleurs déclaré : « le fait attribué à Anne-Marie Jourdain d'avoir fait inscrire sur les registres d'état civil un enfant étranger

Rien n'est prévu dans le code pour éviter de telles supercheries. Le mari qui va déclarer à la mairie la prétendue naissance est cru sur parole alors qu'il serait fort simple d'exiger un certificat d'accouchement délivré par un médecin ou une sage-femme (21). De plus l'identité de la femme déclarée comme étant la mère n'est pas contrôlée. Pour éviter sur ce point toute fraude, il faudrait sur un plan législatif exiger du médecin qu'il vérifie, en même temps que la réalité de l'accouchement, l'identité de la mère, pièces justificatives à l'appui (22).

Cette attestation médicale n'empêcherait d'ailleurs pas toujours la création d'une filiation mensongère : l'erreur peut en effet concerner l'enfant et c'est alors au moment même de l'accouchement que les précautions sont indispensables.

B. — LES ERREURS CONCERNANT L'ENFANT.

Une naissance a bien eu lieu, mais l'enfant qu'élève la mère n'est pas celui dont elle a accouché. On peut concevoir qu'une femme qui a mis au monde un enfant mort-né cherche à s'en procurer un autre bien vivant. Mais en pratique le véritable problème est celui des substitutions involontaires dans les maternités. Une confusion entre les nouveaux-nés risque de résulter de l'inadvertance du personnel : une femme ayant accouché d'une fille devient alors légalement la mère d'un garçon. L'acte de naissance est erroné.

Pour éviter ces erreurs, certaines maternités recueillent les empreintes digitales des enfants (23). D'autres entourent le poignet de l'enfant d'un bracelet en tissu portant son nom. Une circulaire du ministère de la Santé publique et de la population recommande deux pratiques (24). « A la pose au nouveau-né du bracelet ou du collier portant le numéro du registre des naissances, il est nécessaire d'associer la pose à la mère d'un bracelet ou d'un collier portant ce même numéro. » Il est conseillé d'employer ce procédé avant la section du cordon ombilical. De plus une autre mesure est souhaitable : « la prise des empreintes palmaires droite et gauche du nouveau-né... Un exemplaire de ces empreintes est remis à la mère, l'autre conservé dans les archives de la maternité ».

Si ces précautions sont respectées, les erreurs involontaires concernant l'identité entre l'enfant mis au monde par telle femme et celui qui a été déclaré à l'état civil comme étant le sien seront rares. La substitution d'enfant n'est d'ailleurs pas le seul cas dans lequel l'identité de la personne désignée dans l'acte de naissance peut être contes-

comme étant provenu de ses œuvres, constitue un crime de faux » (Cass. crim., 25 nov. 1808, S. an VIII, p. 180).

tée. Un acte de naissance peut être volontairement usurpé par une personne de mauvaise foi.

§ 2. — Les actes de naissance usurpés.

Celui qui exhibe un acte de naissance est-il bien celui dont il est question à l'acte ? Ne s'est-il pas approprié une identité qui n'est pas la sienne, s'attribuant ainsi une filiation mensongère ?

Dans un premier temps, le problème se pose ainsi : doit-on exiger une justification d'identité de la part de celui qui présente un titre de filiation ? (25). La réponse négative s'impose pour des raisons à la fois pratiques et juridiques. Il convient d'autant plus d'éviter une procédure longue et souvent inutile que celle-ci n'est pas imposée par les textes. Il suffit de se référer à l'article 319 pour voir que l'acte de naissance confère à son titulaire une preuve complète de la filiation envisagée dans tous ses éléments. La généralité des termes de cet article impose selon nous cette solution.

Néanmoins, l'objection que nous avons soulevée subsiste. Un individu peut essayer de se faire passer pour un autre de manière à s'emparer d'une filiation qui n'est pas la sienne. Comment empêcher cette fraude ?

Sur le plan législatif, l'idéal serait d'imposer qu'une fiche dactyloscopique accompagne tout acte de naissance (26). Ce procédé serait d'un grand intérêt pour la manifestation de la vérité : les empreintes

(21) C'est la pratique décrite dès 1926 par Ed. LÉVY (Rev. crit. lég. jurispr., 1926, p. 77).

Actuellement, dans la plupart des maternités, on donne aux jeunes accouchées une feuille (en tête de laquelle figurent d'ailleurs ces mots : « la déclaration devra être complète » !), feuille qui doit être signée par le mari et qui contient tous les renseignements relatifs à l'enfant et à ses parents. Le livret de famille doit être joint à cette feuille et tous ces documents, accompagnés d'une attestation de la sage-femme, sont portés à la mairie.

L'attestation d'un médecin est un procédé recommandé par l'art. 219 de l'instruction générale relative à l'état civil du 22 septembre 1955. Ce procédé est certainement plus efficace que celui adopté par le Code civil jusqu'en 1919 et qui consistait à présenter l'enfant à l'état civil : rien ne prouvait que l'enfant amené à la mairie avait été mis au monde par la femme indiquée comme étant sa mère. Un même enfant pouvait de plus être déclaré plusieurs fois !

(22) Le corps médical n'admettrait pas sans réticence cette violation légale du secret professionnel.

(23) LEVASSEUR, J. Cl. civ., art. 312-330, 4^e fasc., n^o 45. Voir aussi SIMONIN, « Médecine légale judiciaire », p. 787.

(24) Circulaire du 5 sept. 1960, citée in « Aide sociale à l'enfance et protection de l'enfance », recueil de textes publiés par le *Journal officiel*, p. 193.

(25) Non assorti d'une possession d'état conforme.

(26) SIMONIN, *op. cit.*, p. 787.

digitales sont immuables (27) et elles permettraient à coup sûr d'identifier le titulaire de l'acte de naissance.

En pratique le problème risque surtout de se poser lorsque le véritable titulaire a été longtemps absent. S'il réapparaît ensuite, il éprouvera sans doute quelques difficultés pour affirmer son identité. Inversement un usurpateur habile mettra dans l'embarras ceux qui voudront dévoiler la supercherie. Dans un cas comme dans l'autre, il sera souvent difficile de rassembler un faisceau de preuves suffisamment convaincant.

Ainsi dans bien des cas l'acte de naissance ne sera pas une preuve complète et exacte de la filiation. Le souci de la vérité ne domine pas l'ensemble de la réglementation en cette matière, il s'efface devant d'autres impératifs : ne pas imposer aux particuliers des formalités trop lourdes (absence d'empreintes digitales ou de certificat attestant la réalité de l'accouchement) ou, ce qui est plus grave car le rejet de la vérité est alors délibérément voulu, sauvegarder la liberté de la mère et éviter des avortements (possibilité de taire le nom de la mère à l'état civil et abandons secrets) ou assurer à l'enfant une sécurité psychologique et juridique (absence d'indication concernant la filiation véritable en cas d'adoption).

Aucune précaution n'est prise pour faire de l'acte de naissance un document à l'image de la réalité. Une seule démarche à la mairie au lendemain de la naissance, une simple parole devant le « guichet » (28) de l'état civil et voilà une filiation créée, voilà un enfant inséré dans un groupe familial légitime. Toute repose sur le crédit accordé à une déclaration. La situation juridique est née d'une manifestation de volonté se réalisant en un instant. Au contraire lorsque l'intéressé veut invoquer la possession d'état comme mode d'établissement de sa filiation, il doit faire intervenir le facteur « temps » à l'appui de sa prétention. La situation juridique naît alors de l'apparence, de sa continuité. Le droit naît directement du fait, mais le fait matériel ne se transforme en fait juridique qu'à condition de ne pas rester isolé. Peut-on dire, dès lors, que le respect de la vérité est un souci dominant du législateur et des juges en matière de possession d'état d'enfant légitime ?

(27) Elles sont formées dès le sixième mois de la vie utérine. SIMONIN, *op. cit.*, p. 784. « Les empreintes digitales ne constituent pas d'ailleurs le seul élément d'identification : on peut utiliser aussi les empreintes palmaires, plantaires et bien d'autres éléments structuraux », J. ROSTAND, Extrait d'une conférence sur le problème de l'individualité, cité dans « Ecrits sur l'hérédité », 1964, p. 167.

(28) L'expression est de M. CARBONNIER, *op. cit.*, t. I, n° 69. Sur les transformations actuelles du rôle de l'officier d'état civil, voir PONSARD, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Mélanges Savatier*, p. 802.



CHAPITRE II

La possession d'état et la vérité.

Le second mode de preuve extra-judiciaire de la filiation est la possession d'état d'enfant légitime. Ce moyen est subsidiaire par rapport à l'acte de naissance; l'article 320 du Code civil déclare en effet : « A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » On y recourt dans deux séries d'hypothèses : si l'on ne peut pas présenter l'acte de naissance (1) (il n'a pas été dressé, on ignore le lieu et la date de sa rédaction) (2) ou s'il ne renferme aucune mention concernant la filiation.

Bigot de Préameneu faisait déjà remarquer au cours des travaux préparatoires du Code civil que les registres publics « ont été établis en faveur des enfants, et seulement pour les dispenser d'une preuve moins facile... il ne faudrait donc pas que l'état de l'enfant dépende tellement de ce genre de preuve que, quand elle manque, il n'y ait plus de ressource » (3).

Ce n'est pas seulement en matière de filiation que le temps est pris en considération. On connaît l'importance de la possession en matière de droit réel et l'on sait qu'elle peut avoir pour effet de créer au profit du possesseur un droit qu'il n'avait pas auparavant. En matière d'état des personnes, la possession a-t-elle un rôle créateur ou n'a-t-elle qu'une fonction probatoire ? Dans quelle mesure la possession d'état traduit-elle la vérité ? Bigot de Préameneu, exaltant

(1) On ne peut pas obliger l'individu à prouver d'abord qu'il est vraiment dans l'impossibilité absolue de produire son acte de naissance. Cass. civ. 30 nov. 1920, D. 21.1.177, S. 21.1.241. Une fraude serait donc concevable par ce biais.

(2) Si les registres ont disparu ou n'ont jamais existé, et à condition que ce fait soit d'abord démontré, l'article 46 C. civ. autorise la preuve par tous moyens. L'accouchement pourra être établi par témoins et par titres.

(3) Locré, « Esprit du Code Napoléon », t. V.131.

la grandeur de ce mode de preuve disait : « C'est celui que toutes les nations ont admis, celui qui embrasse tous les faits propres à faire éclater la vérité, celui sans lequel il n'y aurait plus rien de certain ni de sacré parmi les hommes. » Et un peu plus loin : « la possession d'état se prouve par une longue suite de faits extérieurs et notoires dont l'ensemble ne pourrait jamais exister s'il n'était pas conforme à la vérité » (4). La vérité risque d'être éludée par une trop grande souplesse de l'institution autant que par une rigidité trop grande. C'est surtout ce second péril que redoutaient les rédacteurs du Code civil, et c'est pourquoi ils n'ont pas voulu donner une liste complète des éléments dont la réunion serait nécessaire pour qu'il y ait possession d'état. Cette précaution est fort sage car les situations concrètes varient beaucoup avec l'âge de l'individu, les circonstances dans lesquelles il a été élevé, etc... La possession d'état pourra ainsi aisément épouser la réalité.

Les articles 320 et 321 énumèrent les principaux éléments constitutifs, mais à titre indicatif seulement (5). On a coutume d'employer pour les désigner, la dénomination latine : « *nomen, tractatus, fama* ». L'individu a toujours porté le nom de son père (*nomen*) qui l'a traité comme tel (*tractatus*), la société et la famille ont toujours cru à ce lien de parenté (*fama*). Les juges du fond apprécient souverainement, d'après ces données et les autres circonstances de la cause, la certitude de la filiation (6). En outre un autre point doit retenir leur attention : l'indivisibilité de toute filiation légitime. Puisque, bien entendu, on ne peut être l'enfant légitime que de deux personnes mariées (7) la possession d'état doit être établie à la fois à l'égard du père et de la mère (8). C'est une preuve de la filiation légitime tout entière, non pas une preuve de la seule maternité légitime.

Toutefois l'intéressé n'a à établir aucun fait se rapportant à la grossesse et à l'accouchement de la mère. Il doit prouver son état d'enfant légitime et la preuve de cet état ne peut s'appuyer sur

(4) LOCRÉ, *op. cit.*, 136 et 138.

(5) La possession d'état peut donc être probante bien qu'ils n'existent pas tous. Ex. Paris, 8 janv. 1964, J.C.P., 64, somm. 84. Le demandeur avait apporté en preuve « — son acte de mariage dans lequel il est dit fils du *de cujus*, présent et consentant ;

— un acte de notoriété... aux termes duquel le rabbin de la communauté juive de Wilno conclut qu'il a été prouvé que le demandeur est né à Wilno en l'année 1914, fils du *de cujus* ;

— une lettre du ministère de la Justice précisant qu'il est devenu français de plein droit à la suite de la naturalisation de son père ».

(6) Cass. Req., 9 juin 1915, D.P., 16.1.237. L'expression « possession constante » employée par l'art. 320 ne signifie pas possession ininterrompue (même arrêt). Elle signifie possession certaine.

(7) Le mariage des parents apparaît comme une condition préalable à la preuve de la filiation par possession d'état.

(8) Trib. civ. Péronne, 20 mai 1950, G.P., 50.2.170.

des faits antérieurs à la naissance. L'attitude des parents fait présumer l'accouchement et les rédacteurs du Code ont estimé que cette présomption de fait avait suffisamment de force pour devenir l'expression d'une règle de droit. Les magistrats s'assurent donc de l'existence de la possession d'état à partir de la naissance et le législateur impose les déductions à en tirer.

Sans doute la vérité peut-elle ainsi n'être pas respectée. Mais par définition la possession d'état est une apparence, il faut s'en contenter temporairement même si elle ne correspond pas à la réalité. Si un procès est entamé (9), les adversaires de l'enfant auront différents moyens pour s'opposer à ses prétentions :

— affirmer que l'enfant ne remplit pas les conditions nécessaires pour invoquer ce mode de preuve : il possède un acte de naissance régulier mentionnant sa filiation;

— invoquer l'illégitimité de l'enfant : ses prétendus parents n'ont jamais été mariés, ou bien la naissance a eu lieu alors que le mariage était dissous;

— proposer des faits qui contredisent la possession d'état que l'on voudrait établir (par exemple, l'enfant n'a pas été élevé dès sa naissance par ses prétendus parents légitimes de sorte que la possession d'état n'a commencé que plusieurs mois après la naissance);

— s'attaquer enfin non pas à la possession elle-même mais à la présomption qui en découle d'après l'article 320 : l'existence de l'accouchement. Il faut alors démontrer que la femme n'a jamais eu d'enfant, que celui qui lui est né est décédé ou encore vit à tel endroit sous telle identité (preuve de la supposition ou de la substitution d'enfant) (10).

En résumé, on peut dire que l'individu qui invoque seulement pour prouver sa filiation un acte de naissance ou une possession d'état, pourra se voir largement opposer par son adversaire tous les éléments qui contredisent sa prétention. De même, il pourrait aussi revendiquer une filiation autre que celle résultant de l'un de ces deux modes de preuve. Leur existence n'oppose aucune fin de non-recevoir à une action en réclamation d'état.

Le recours à la justice est, pour un individu dépourvu de filiation ou titulaire d'une filiation mensongère, le dernier moyen d'établir son origine. Les tribunaux ont reçu la mission pour ces cas en principe exceptionnels de révéler le véritable lien de parenté.

(9) La possession d'état est bien un mode extra-judiciaire d'établissement de la filiation légitime. Mais la plupart du temps c'est au cours d'un procès qu'elle est invoquée. Quand on veut l'invoquer en dehors de tout litige, on recourt à un acte de notoriété.

(10) Rappelons que nous sommes dans l'hypothèse où l'enfant n'a pas d'acte de naissance mentionnant sa filiation, ce qui exclut l'application de l'article 322.



SOUS-TITRE II

LA VERITE ET LA PREUVE EN JUSTICE DE LA FILIATION LEGITIME

Un particulier saisit les tribunaux afin de se constituer par ce moyen un titre de filiation légitime.

Il faut évidemment supposer que l'acte de naissance ne contient aucune indication sur la filiation maternelle recherchée. Il suffirait que la mère y soit mentionnée, même sous son nom de jeune fille, pour que la paternité du mari en découlât automatiquement (1).

Il faut supposer encore qu'aucune possession d'état d'enfant légitime n'est établie à l'égard des défendeurs, sans quoi l'intervention du tribunal serait inutile sous cette forme, la possession d'état étant un mode d'établissement extra-judiciaire de la filiation au même titre que l'acte de naissance.

Il faut supposer enfin qu'une filiation légitime contraire à celle demandée ne résulte pas déjà à la fois de l'acte de naissance et de la possession d'état, sans quoi l'article 322 C. civ. opposerait à l'action une fin de non-recevoir inéluctable.

Lorsque ces différentes conditions négatives sont remplies, la filiation légitime peut être recherchée en justice. Le demandeur devra établir d'abord sa filiation maternelle. La preuve de la paternité légitime ne peut en effet être faite directement, elle ne peut résulter que

(1) Il pourrait faire rectifier l'acte de naissance par un simple recours gracieux devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'acte a été dressé (art. 99, C. civ.), Cass. civ. 26 oct. 1927, D. 28.1.65, note ROUAST, S. 29.1.209, note SIMONNET, Cass. civ. 10 oct. 1955, D. 56.3, G.P., 55.2.364, Cass. civ., 18 mai 1960, D. 60.445, note HOLLEAUX.

de l'établissement de la maternité. Certes, il reste à savoir si la maternité entraînera automatiquement la paternité. Mais ce qui est d'ores et déjà certain, c'est que pour parvenir à la paternité il faut nécessairement que la maternité soit démontrée. La première place lui est accordée. Etant donné sa portée, étant donné qu'elle risque, à elle seule, de créer un double lien de filiation, on comprend que notre Code l'ait minutieusement réglementée. Il faut par tous les moyens éviter qu'un tel lien de descendance ne soit faussement attribué. Le souci de la vérité sera prééminent et d'autant plus facile à mettre en œuvre qu'un accouchement passe rarement inaperçu.

A l'opposé, s'agissant de la preuve de la paternité légitime traditionnellement dominée par l'incertitude, le rôle accordé à la vérité sera sans doute plus restreint. Il dépendra de la force plus ou moins grande que l'on attribue à l'article 312.

CHAPITRE PREMIER

Le souci de la vérité dans l'établissement de la maternité.

Démontrer une maternité est une entreprise qui, sur le terrain de la preuve, ne semble pas devoir soulever beaucoup de problèmes. On trouvera aisément des témoins pour affirmer que tel jour, telle femme a mis au monde un enfant, et que cet enfant est bien celui dont elle assure l'entretien et l'éducation. Techniquement, en effet, il ne sera pas très difficile de faire apparaître la vérité.

Mais il s'agit d'établir une maternité légitime, c'est-à-dire de créer un rapport mettant en jeu en principe trois personnes au minimum : l'enfant et les conjoints. On voit donc tout de suite que la paternité du mari ne pourra pas rester complètement étrangère aux débats. Le problème de la véritable filiation paternelle de l'enfant va surgir sous diverses formes et risquer d'empêcher l'action d'aboutir avant même que le débat au fond ne soit entamé. Or nous allons voir la jurisprudence écarter délibérément peu à peu tous les obstacles à la recevabilité de l'action en recherche de maternité. C'est avec le même désir de favoriser l'établissement de la maternité que les tribunaux interpréteront les règles de preuve. Introduire un enfant dans une famille légitime est certes un acte grave et des précautions doivent être prises afin qu'on ne réalise par ce moyen une adoption (1). Mais les conditions de preuve ont été élargies par les magistrats et du moment que la maternité n'est guère contestable en fait, en droit sa preuve serait aisément admise.

(1) Trib. civ. Caen, 14 janv. 1943, D.C., 43.110.

SECTION I

L'AMENUISEMENT DES CONDITIONS
DE RECEVABILITÉ DE L'ACTION

L'action en recherche de maternité légitime est une action en réclamation d'état que l'article 328 C. civ. déclare imprescriptible. La vérité pourra être dévoilée quel que soit l'âge de l'enfant. Il faut éviter que l'enfant n'ait indéfiniment à subir les conséquences de la négligence de ses parents. Il faut autoriser à n'importe quel moment une action tendant à faire produire à l'accouchement d'une femme mariée ses conséquences juridiques.

Aussi les tribunaux ont-ils écarté deux obstacles qui risquaient d'empêcher une large manifestation de la vérité. Ils ont déclaré recevable en toute hypothèse l'action de ceux qui se prétendent père ou mère légitime de l'enfant; ils ont refusé de voir dans la recherche de maternité légitime un moyen détourné et illicite d'établir une filiation adultérine.

§ 1. — L'élargissement du cercle des demandeurs.

La recherche de la maternité légitime n'est pas une fin en soi. Elle n'est qu'un premier pas vers l'établissement soit d'une filiation légitime complète par le jeu de l'article 312 : le but de l'action est l'intégration de l'enfant au sein de la famille légitime, soit d'une filiation adultérine par le biais du désaveu de l'article 325 : le but de l'action est d'écarter la présomption de l'article 312. Les raisons qui, dans les deux cas, militeront en faveur de l'élargissement du cercle des demandeurs seront différentes.

A. — LA RECHERCHE DE LA MATERNITÉ :

PRÉLUDE A L'ÉTABLISSEMENT D'UNE FILIATION LÉGITIME COMPLÈTE.

Quelles personnes ont qualité pour agir ? D'abord, sans aucun doute, l'enfant lui-même à sa majorité ainsi que son représentant légal pendant sa minorité. L'article 328 déclare en effet que « l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant ». Quant à ses héritiers, les articles 329 et 330 ont établi leurs droits : si « l'enfant » meurt après avoir mis en mouvement une action et sans s'en être désisté, ses héritiers pourront continuer les poursuites. Mais si l'enfant n'a engagé aucune instance, ses héritiers seront sans droit pour agir, à moins qu'il ait eu moins de 27 ans lors de son décès. On présume dans ce cas que son jeune âge a pu être la cause de son abstention.

En pratique cependant, il serait intéressant pour l'enfant que le procès s'ouvre pendant sa minorité. Mais les prétendus parents n'ont pas qualité pour le représenter puisque le lien de filiation n'est pas établi. Leur action est-elle néanmoins recevable ? Cette hypothèse n'avait pas été envisagée par les rédacteurs du Code civil et un certain nombre d'auteurs l'ont, de ce fait, rejetée (2). On tire argument des restrictions apportées aux droits des héritiers : elles illustrent le caractère strictement personnel de l'action en réclamation d'état. On retient aussi l'esprit de la législation : les rédacteurs du Code n'ont certainement pas voulu favoriser une action tendant à établir une filiation qui semble si peu conforme à la vérité biologique. Comment imaginer en effet que des parents aient été empêchés à la fois de déclarer leur nom à l'état civil et d'élever l'enfant comme le leur ? Il est vraisemblable que c'est la non-paternité du mari qui explique ce recours à la voie judiciaire.

Est-on décidé dans ces conditions à ouvrir malgré tout l'action aux parents agissant conjointement ou séparément ? La jurisprudence s'est engagée dans cette voie (3). Elle est définitivement fixée depuis l'arrêt Albano *da Re* (4) et les décisions dissidentes sont rares (5).

Les justifications possibles de cette solution sont diverses. On a essayé tout d'abord d'interpréter les articles du Code civil relatifs à

(2) Au Québec, bien que les textes soient identiques sur ce point à ceux du droit français, l'action est toujours réservée exclusivement à l'enfant. LEVASSEUR, « Les divergences entre les Droits positifs français et québécois en matière de filiation légitime » *in* la Revue du Barreau de la province de Québec, 1963, p. 85 (98).

(3) En faveur de l'action des deux époux : Cass. civ., 27 janv. 1857, D. 57.1.196 ; Trib. civ. Langres, 20 mars 1924, D.H., 24.527, G.P., 24.2.132 ; Paris, 8 mai 1947, D. 48.6, note HOLLEAUX, J.C.P., 47.3770, note ROUAST ; Trib. civ. Bordeaux, 27 sept. 1954, J.C.P., 54.8432, note SOUDÉ ; et sur appel Bordeaux, 16 juin 1955, J.C.P., 55.8778, note SOUDÉ.

En faveur de l'action du père : Paris, 6 janv. 1849, D.P., 49.2.206 (fondement de cette solution : l'art. 312) ; Cass. Req., 22 août 1861, D. 62.1.115, S. 61.1.929, note MASSÉ ; Cass. Req., 6 mai 1941, précité ; Trib. civ. Rennes, 18 juil. 1945, S. 47.2.81, note LAGARDE, D. 48.6, note HOLLEAUX ; Cass. civ. 27 mars 1950, D. 51.:435, J.C.P., 50.5561, S. 52.1.12 ; Amiens, 7 juil. 1935, G.P., 55.2.159.

En faveur de l'action de la mère : Paris, 25 nov. 1922, G.P., 22.2.757, confirmé par Cass. civ., 19 janv. 1926, D. 27.1.49, note R. SAVATIER, S. 26.1.132 (mais la solution est seulement implicite) ; Trib. civ. Seine, 2 déc. 1947, D. 48.103, G.P., 48.1.52 ; Trib. civ. Seine, 30 juin 1948, G.P., 48.2.277 ; Amiens, 29 nov. 1949, G.P., 50.1.210 ; Cass. civ., 18 oct. 1949 ; J.C.P., 49.5141, S. 52.1.12 (mais cette question ne faisait pas directement l'objet d'un pourvoi) ; Trib. civ. Châtelleraut, 6 juin 1950, J.C.P., 51.6393, note PAGEAUD, Paris, 18 juin 1957, J.C.P., 58.10576.

(4) Cass. Req., 6 mai 1941, D.C., 41.108, note HOLLEAUX, J.C.P., 42.1819, note DESBOIS.

(5) Paris, 3 déc. 1942, D.C., 43.110 ; Trib. civ. Caen, 14 janv. 1943, D.C., 43.110 ; Douai, 1^{er} juil. 1946, S. 47.83, note G. LAGARDE ; Paris, 26 mars 1953, G.P., 53.2.32 : tout en déclarant l'action personnelle à l'enfant, cet arrêt permet cependant aux parents d'agir si un tiers a reconnu l'enfant. V. aussi la position de MM. RIPERT, BOULANGER, t. I, n° 1730.

l'action en réclamation d'état. Leur but est d'exclure les actions purement pécuniaires, celles qu'auraient pu exercer les créanciers par exemple. Or, les parents agissent essentiellement pour des raisons morales. Ces articles ont mentionné le cas qui devait se présenter le plus souvent (6). Pour les situations voisines, le raisonnement par analogie est possible (7). D'ailleurs l'article 323 est rédigé en termes généraux (8).

Le deuxième fondement est l'intérêt de l'enfant ainsi qu'une grande faveur pour sa légitimité. Un jugement ancien du tribunal de Cognac (9) s'exprimait ainsi : « Attendu que cette réclamation, quelqu'en soit le mobile, est favorable puisqu'elle doit avoir pour résultat d'assurer à l'enfant qui en est l'objet, un nom, une famille, et les honneurs de la légitimité. » (Mais ce raisonnement n'est valable que si le mari n'agit pas ensuite pour exercer le désaveu de l'article 325.)

Le fondement finalement retenu par la chambre des Requêtes le 6 mai 1941 (10) fut l'article 312 et la fraude. La formule employée (que l'on peut rapprocher de celle de l'arrêt de Paris du 6 janvier 1849 [11]) fut ensuite reprise par toute la jurisprudence. « L'article 312 du Code civil qui impose à l'époux la paternité légitime de l'enfant conçu pendant le mariage, implique pour lui le droit de revendiquer cette paternité si par des moyens frauduleux on a entendu l'en priver et il serait inadmissible que la loi refusât au mari le droit de défendre sa paternité contre un tiers qui, au moyen de la dissimulation du nom de la mère dans sa déclaration à l'état civil, s'est attribué la paternité naturelle de l'enfant. »

Les questions de fond et celles de recevabilité sont ici liées. Parce qu'il est marié, un homme qui se prétend père d'un enfant est recevable à prouver en justice sa paternité. L'article 312 sur lequel repose cette solution est une règle de fond qui « s'impose » au mari mais qui lui permet en contrepartie de chercher à l'imposer aux tiers. Le mari dispose d'une action en justice pour faire établir son droit. D'ailleurs, cette situation a été rendue nécessaire par suite d'une véritable fraude. La fraude consiste dans la « dissimulation du nom de la mère »

(6) Les actions intentées par les parents semblent en effet nettement plus rares que celles intentées par les enfants. Si l'on regarde les statistiques du Tribunal de la Seine telles qu'elles sont fournies par M. BARANEZ (th. dactyl., 1951, p. 9), on voit qu'au cours d'une période de dix ans : 1940-1950, il y a eu 88 actions engagées par les enfants et 30 engagées par les parents.

(7) Cf. Trib. civ. Châtelleraut, 6 juin 1950, J.C.P., 51. 6393, note PAGEAUD.

(8) Trib. civ. Langres, 20 mars 1924, D.H., 24.527, G.P., 24.2.132.

(9) Sous Cass. Req., 22 août 1861, D. 62.1.115, S. 61.1.929, note MASSÉ.

(10) Arrêt Albano da Re, précité.

(11) D.P., 1849.2.206.

et non pas dans l'indication mensongère de la paternité d'un tiers (12). Ou plus exactement, l'une est la cause de l'autre; c'est parce que la filiation maternelle n'était pas révélée que la paternité naturelle a pu être inscrite. L'omission de la maternité à l'état civil démontre la fraude, que la reconnaissance éventuellement faite par le tiers soit ou non véridique (13).

Notons enfin qu'il eut été illogique et inhumain de refuser l'action en réclamation d'état aux parents légitimes. Illogique surtout depuis l'admission du désaveu préventif (14). Le mari aurait pu en effet faire déclarer la légitimité de l'enfant quand il avait l'intention ensuite de la renverser, mais aurait vu sa demande rejetée s'il avait voulu se contenter de faire proclamer sa paternité (15).

La solution aurait, en tout cas, été inhumaine car les parents légitimes n'auraient pas toujours pu réparer les conséquences fâcheuses de la faute initiale. Cette réparation est considérée comme souhaitable même si elle aboutit parfois à masquer la vérité (16).

La chambre des Requêtes en 1941 ne se prononçait expressément que sur la recevabilité de l'action du mari. Qu'en est-il lorsque l'initiative est prise par la mère légitime seule ? Les juges ont estimé que sa seule qualité de femme mariée l'autorisait à faire établir sa maternité en justice, mais ce point n'a jamais été explicitement tranché par la Cour suprême (17).

La faveur dont le législateur a entouré l'état d'enfant légitime justifie la recevabilité de l'action des parents. C'est un état souhaitable, bienvenu, dont il faut encourager les possibilités d'épanouissement. Ce même fondement est bien sûr exclu lorsque l'établissement de la maternité légitime n'est qu'une étape vers la preuve de la non-paternité du mari. Comment expliquer alors l'initiative de ce père fictif ?

(12) Cf. LACARDE, S. 1947.2.81 ; cf. aussi la position nuancée de M. RAYNAUD in « La présomption de paternité légitime dans la jurisprudence récente », Mélanges Roubier (pp. 217-222).

(13) *Contra*, Cass. civ., 14 janv. 1959, D. 59.157, arrêt Decagny : « le mari ne pouvant être le père, cette constatation exclut toute possibilité pour Decagny de prétendre qu'on avait par des moyens frauduleux entendu le priver du droit de se prévaloir de l'art. 312 ».

(14) Cass. civ., 20 juil. 1921, D. 21.1.233, note R. SAVATIER.

(15) Cette solution toutefois aurait servi parfois la vérité biologique en évitant de consacrer une fausse paternité. Mais cette remarque n'est valable qu'en cas d'application automatique de la présomption de l'article 312. Or, ce problème ne sera traité qu'ultérieurement.

(16) « Les tribunaux ont reconnu au mari de la mère le droit d'oublier l'adultère de sa femme. Paraphrasant le titre d'un roman... ils laissent tomber "la neige sur les pas" », R. SAVATIER, D. 1964.700, note sous Cass. civ., 3 janv. 1964.

(17) V. à ce sujet D. LANDREAU, « Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil », 1965, p. 43, note 53, et p. 72.

B. — LA RECHERCHE DE LA MATERNITÉ :
PRÉLUDE A UN DÉSAVEU DE PATERNITÉ.

Le Code civil n'avait pas envisagé l'hypothèse d'un mari qui chercherait à exclure d'une famille légitime un enfant, avant même que son appartenance au groupe familial ne soit juridiquement établie. L'article 325, sur lequel repose la prétention du mari, prévoit simplement la manière de repousser une paternité à l'occasion d'une action en réclamation d'état. Ce n'était qu'un incident venant se greffer sur une recherche de maternité légitime intentée par l'enfant.

S'agissant de cette action nouvelle, deux principes sont en opposition : d'une part, le droit absolu du mari de repousser un enfant qu'il croit n'être pas le sien; d'autre part, le droit en principe exclusif (18) de l'enfant de faire établir sa maternité légitime. La paternité ne pouvant résulter, dans le cadre de la filiation légitime, que de la maternité, refuser au mari le droit de faire proclamer la filiation maternelle conduit à l'empêcher d'exercer son désaveu.

On pourrait songer à éviter ce problème en disant que l'établissement de la maternité n'a aucune individualité juridique propre. Certes, la recherche de la maternité n'est pas le but principal de l'action. Si les liens de filiation paternelle et maternelle étaient indépendants, la question de la maternité de l'épouse ne serait jamais évoquée. Il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel du droit positif la preuve de la maternité est indispensable pour pouvoir établir la paternité que, ultérieurement, on dénierait (19). La jurisprudence semble admettre d'ailleurs que dans un tel cas la maternité résulte suffisamment d'un désaveu pour servir de base à une légitimation (20).

A vrai dire, les tribunaux n'ont pas abordé directement l'objection que nous avons faite. Pour eux, l'article 325 C. civ. accorde au mari (21) un droit auquel il faut donc donner la possibilité de s'exprimer. Implicitement, l'article 325 est une exception aux articles 328 et 329. En réalité, autant que des raisons de texte (art. 312) (22)

(18) Du moins à l'époque des premiers désaveux préventifs.

(19) Toutes proportions gardées, si l'on désire revendiquer un bien qui vous a été soustrait, il faut commencer par démontrer que ce bien vous appartient.

(20) Paris, 8 janv. 1944, D.A., 44.43 ; V. aussi Cass. Req., 4 févr. 1851, D.P., 51.1.117.

(21) Sur l'action des héritiers, cf. Cass. Req., 4 févr. 1854, D.P., 54.1.89 ; en sens inverse Trib. civ. Seine, 5 janv. 1949, D. 49.597 et la note très complète de M. HOLLEAUX.

(22) Paris, 6 janv. 1849, D.P., 49.2.206 : « Le père a le droit de rechercher la filiation de l'enfant, soit pour le reconnaître, soit pour le désavouer. » Trib. civ. Seine, 24 déc. 1852, D.P., 53.2.201 : « Dans la position que lui a faite l'article 312, le mari a incontestablement une action pour détruire sur-le-champ l'effet de la présomption légale. »

Paris, 21 févr. 1863, D.P., 63.2.37 : « Le mari a sur sa famille un droit de contrôle et de surveillance dont l'action ne peut être interrompue. »

ce sont des considérations pratiques qui ont fait « pencher la balance » du côté de la recevabilité de l'action du mari : on redoutait du côté de la mère des calculs peu honorables (consistant à remettre à l'enfant les preuves de sa maternité, de manière à ce qu'il les utilise au bon moment et « à bon escient ») et du côté du mari une insécurité certaine. On désirerait aussi favoriser la manifestation de la vérité.

La Cour de cassation, dans son arrêt de principe du 20 juillet 1921 (23) qui consacrait la validité du désaveu préventif, a implicitement repoussé l'objection. Le mari a donc qualité pour agir en réclamation d'état, quelles que soient ses intentions une fois la maternité juridiquement certaine.

Déplaçant alors légèrement le débat, certaines juridictions ont pensé pouvoir s'opposer à l'action du mari par le biais du défaut d'intérêt. L'argument fut présenté sous deux formes différentes.

Quelques décisions insistent sur le défaut d'intérêt proprement dit (24). Lorsque l'enfant a été reconnu par un tiers, il ne peut agir en réclamation d'état car son action se heurterait à l'article 342 C. civ. Dans ces conditions, le mari n'a aucun intérêt à agir puisqu'il n'a rien à redouter. Mais nous verrons que la jurisprudence a refusé de voir dans la reconnaissance d'un tiers un obstacle à la recherche de filiation légitime (25).

D'autres décisions, plus nombreuses (26), ont eu à repousser une autre objection : le mari a bien intérêt à agir, mais cet intérêt n'est qu'éventuel, il ne surgira que si un jour quelqu'un cherche à dévoiler en justice la vérité. Pour qualifier d'actuel et non d'éventuel l'intérêt du mari à agir préventivement, la jurisprudence tire argument du dépérissement des preuves (27). Un témoin important pour le mari peut déménager sans laisser d'adresse, ou mourir ; les écrits peuvent se perdre ; la mère ou l'enfant peuvent disparaître.

Cette considération cependant ne nous semble pas décisive. Le mari pourrait en effet éviter ce résultat en recourant au ministère d'un huissier, ou encore en saisissant le juge des référés. Celui-ci, vu l'urgence (s'il n'y a pas urgence, on ne peut invoquer le dépérissement des preuves et l'argument de la jurisprudence tombe), ordonnera une

(23) D.P., 21.1.233, note R. SAVATIER, G.P., 21.2.41.

(24) Dijon, 13 août 1840, D.P., 41.2.162 ; Trib. civ. Les Andelys, 14 janv. 1955, J.C.P., 55.8867.

(25) V. *infra*, § II.

(26) Cass. Req., 4 févr. 1851, D.P., 51.1.117 ; Cass. Req., 9 mai 1864, D. 64.1.409 ; Lyon, 21 janv. 1886, D.P., 87.2.1, note FLURER.

(27) Aux décisions citées à la note précédente, ajouter l'arrêt fondamental Cass. civ., 20 juill. 1921, D.P. 21.1.233, note R. SAVATIER ; voir aussi Angers, 6 juin 1951, J.C.P., 51.6365.

enquête (28) ou une expertise (29) ayant pour objet une comparaison des groupes sanguins.

« Dès lors qu'un procès est possible — sinon probable — écrivent MM. Solus et Perrot (30), la bonne administration de la justice, au même titre que l'intérêt actuel des parties, commandent de ne pas laisser dépérir des éléments de conviction qui peuvent être indispensables à la découverte de la vérité. » La vérité : voilà sans doute la juste raison qui a poussé la jurisprudence à s'engager sur la voie du désaveu préventif. L'intérêt qui guide le plaideur, et déborde d'ailleurs largement le cadre de l'article 325, est celui qui pousse tout homme à rechercher la vérité, et à l'imposer à tous. Si le procédé de « l'enquête à futur » prenait place dans notre droit de la filiation, il aurait pour seul effet de renseigner le mari (31) et de lui permettre de préparer ainsi sa défense. Ce résultat serait insuffisant car la société tout entière continuerait à croire en la filiation apparente si l'enfant finalement n'agissait pas en réclamation d'état. C'est pour cela qu'il fallait aller plus loin en autorisant le mari à agir en désaveu car, par la rectification de l'état civil qu'ordonnera le jugement admettant l'action du mari, la nouvelle et véritable filiation de l'enfant sera opposable à tous (32).

La question de la paternité de l'enfant influence déjà la recevabilité de l'action puisque celui qui peut prétendre au titre de père légitime est en droit d'agir en réclamation d'état. Elle l'influence dans le sens de la vérité car plus la qualité de demandeur est largement accordée, plus la vérité aura de chances d'être proclamée.

Mais en même temps, si la présomption de paternité de l'article 312 désigne un homme qui, matériellement, ne peut être le père de l'enfant, la recevabilité de la recherche de maternité risque de se trouver compromise (chaque fois notamment que l'enfant jouit déjà d'une filiation naturelle paternelle). Ne va-t-on pas au-devant de l'ap-

(28) Trib. civ. Bayeux, 15 févr. 1958, D. 58, somm. 116.

(29) Paris, 23 oct. 1953, D. 53.688.

(30) Droit judiciaire privé, 1961, t. I, p. 215, n° 237.

(31) Effet inutile dans la plupart des cas car le mari sait déjà parfaitement à quoi s'en tenir.

(32) On aurait pu songer à invoquer encore l'article 342 *bis* C. civ. (Trib. civ. Laon, 20 oct. 1956, D. 57.160). Mais la Cour de Cassation a restreint ce texte au domaine de la filiation naturelle (Civ., 18 mai 1960, J.C.P., 60.11729 ; Civ., 7 nov. 1960, D. 60.545).

En faveur du désaveu préventif on peut enfin faire valoir que contredire une filiation légitime alors que celle-ci est déjà établie trouble l'ordre social plus gravement que de s'attaquer à une filiation naturelle. Dans ce cas, en effet, il y a transformation d'une filiation légitime en filiation naturelle. Tandis que dans le second cas s'opère seulement un changement à l'intérieur de la filiation naturelle.

La paix des familles est moins troublée lorsqu'au départ la mère n'a pas eu l'impudence de faire entrer son enfant adultérin dans l'ordre légitime.

parition d'une maternité adultérine (art. 342 C. civ.) ? *A fortiori*, comment admettre une action dont le but avoué est d'établir à la fois la maternité d'une femme mariée et la non-paternité de son mari ?

§ 2. — Le refus d'appliquer l'article 342, Code civil.

Lorsqu'une action en réclamation d'état est nécessaire pour établir la maternité d'une femme mariée, la plupart du temps cette maternité n'est pas contestable, mais la paternité du mari est douteuse, voire très improbable sinon impossible. Si donc l'enfant est né d'une femme mariée et de son amant, l'action ne sera-t-elle pas déclarée irrecevable en raison de l'article 342 C. civ. qui prohibe la recherche en justice de toute filiation adultérine ?

Ce fut en effet pendant longtemps la position d'une grande partie de la jurisprudence. Paternité et maternité légitimes s'interpénètrent étroitement. Le souci de la réalité de la filiation paternelle commande entièrement la recevabilité de l'action en recherche de maternité. Si le mari ne peut pas avoir engendré l'enfant, la demande qui se présentait sous la forme d'une recherche de maternité légitime est en fait une action en recherche de maternité adultérine. Les juges rétablissent ainsi la véritable qualification de l'action. C'est cette justification que la plupart des arrêts anciens donnaient à leur solution (33). L'accent est mis très vigoureusement sur l'immoralité d'une telle demande qui « imprimerait sur le front de la mère le sceau de la honte et du déshonneur... Il est du devoir des magistrats, gardiens de l'honneur et de la paix des familles, de s'empressez d'appliquer à cette action impie le texte de loi qui la proscrit » (34).

La preuve de l'adultérinité ne se faisait pas pour tous les tribunaux de la même manière. Pour certains, lorsque l'enfant avait été reconnu par un tiers, la simple existence de cette reconnaissance rendait irrecevable toute recherche de maternité (35). Pour aboutir sur le terrain de la filiation légitime, il fallait d'abord faire tomber cette reconnaissance. La plupart des décisions cependant joignaient les deux instances et s'efforçaient de découvrir la véritable filiation paternelle de l'enfant (36). La présence d'une reconnaissance n'était qu'une pré-

(33) Cass. Req., 22 janv. 1840, S. 40.1.119 ; Cass. civ. 1^{er} mai 1849, S. 49.1.618 ; Cass. civ., 27 janv. 1857, D. 57.1.196 ; Cass. Req., 18 nov. 1862, D.P., 63.1.335 ; Aix, 30 mai 1866, S. 67.2.73, Cass. Req., 19 juin 1930, S. 31.1.1.

(34) Rouen, 26 juin 1838, sous Cass. Req., 22 janv. 1840 précité.

(35) Aix, 30 mai 1866 précité ; Paris, 3 déc. 1942, D.C., 43.110 ; Paris, 4 févr. 1943, D.C., 43.110 ; Trib. civ. Les Andelys, 14 janv. 1955, J.C.P., 55.8867, note Soudé.

(36) Outre les arrêts cités à la note 33, voir Paris, 14 mars 1946, D. 47.52 ; Paris, 26 mars 1953, G.P., 53.2.32 ; Amiens, 7 juill. 1955, G.P., 55.2.159, affaire Decagny.

somption contre la paternité du mari (37). Le juge accueillait avec bienveillance tous les autres arguments proposés par les défenseurs (38).

Les raisons de cette irrecevabilité de l'action doivent être recherchées dans la volonté des juges de ne proclamer à aucun prix une paternité qui ne correspondrait pas à la réalité. On préfère ignorer délibérément un des éléments de la filiation de l'enfant, celui pourtant qui était le plus facile à connaître : la maternité, plutôt que de lui donner une filiation plus complète, mais dont une des composantes serait fausse. On préfère le silence, et donc le *statu quo*, au mensonge.

Cette solution est néanmoins très fâcheuse : la mère possède sans doute toutes les preuves de son accouchement, elle s'est le plus souvent occupée personnellement d'élever l'enfant et malgré tout le tribunal refuse de tenir compte de ces faits : son enfant lui restera juridiquement étranger, il ne pourra même pas porter son nom. L'article 342 exige-t-il bien une telle injustice ? Quelques arrêts anciens ne l'avaient pas pensé (39). Mais c'est surtout à l'occasion de la fin de la seconde guerre mondiale, le retour des prisonniers ayant entraîné une augmentation considérable du nombre des actions en recherche de maternité légitime, que cet article fut progressivement mis hors de cause.

Les tribunaux estiment aujourd'hui que l'instance n'a ni pour objet ni pour effet de dévoiler une filiation adultérine.

Le but de l'action tout d'abord est de redonner à l'enfant la place dont il a été frustré au sein d'une famille légitime. Ce but est absolument licite. Si l'adultérinité vient à être dévoilée, ce ne peut être que fortuitement et non parce que les parties l'ont voulu. Or l'article 342, lit-on généralement dans la jurisprudence, « n'a uniquement pour objet que d'interdire une action qui tendrait directement à la déclaration d'une filiation naturelle adultérine » (40). Effectivement l'article 342 contient un renvoi formel à l'article 335 et interdit seulement le recours à la justice si ce moyen dissimule une manœuvre tendant à obtenir un résultat qui n'aurait pu être atteint extra-judiciairement. Tel n'est pas le cas ici : l'établissement de la filiation légitime de

(37) Cass. civ., 1^{er} mai 1849, précité.

(38) La possession d'état de l'enfant est ainsi amenée à jouer un certain rôle.

(39) Cass. Req., 13 févr. 1839, S. 40.1.119 (la paternité du mari n'était pas formellement exclue, ce qui explique sans doute la différence entre cet arrêt et celui du 22 janv. 1840, S. 40.1.119) ; Aix, 14 juin 1866, S. 67.2.141 ; Rouen, 14 mars 1877, S. 80.1.241.

(40) Trib. civ. Seine, 2 déc. 1947, D. 48.103, G.P., 48.1.52. Voir déjà DEMO-LOMBE, t. V, n° 567.

l'enfant, qui constitue le but de la présente action, aurait pu être réalisé valablement à la naissance. S'il n'y avait pas eu fraude au moyen du recel du nom de la mère dans l'acte de naissance, l'action aurait même été inutile. On voit donc bien que cette action ne tombe pas sous le coup de l'article 342. Seule la recherche à titre principal d'une filiation adultérine est interdite et ce n'est pas le cas ici. La cour de Cassation s'est prononcée définitivement sur cette question en 1960 (41). Une grande partie des juridictions s'était précédemment ralliée à ce point de vue (42).

Même indirectement d'ailleurs l'action n'aura pas toujours pour effet de mettre à jour une filiation adultérine. Le résultat effectivement atteint ne sera entaché d'adultérinité que si la présomption de l'article 312 ne joue pas automatiquement.

Enfin, l'article 325 suppose la maternité préalablement établie au cours du procès puisqu'il prévoit la preuve à fournir pour écarter la paternité du mari.

Ainsi lorsque le but de l'action en recherche de maternité est d'établir une filiation légitime complète, aucun moyen d'irrecevabilité ne peut être tiré de l'article 342. Le vice d'adultérinité n'est-il pas un obstacle plus grave lorsque le mari déclenche de son propre chef une recherche de maternité dans le seul but de faire juger qu'il ne peut être le père de l'enfant ?

L'article 342 sera tout d'abord mis hors de cause si on qualifie de désaveu l'action du mari. Par définition, tout désaveu a pour conséquence d'établir une filiation adultérine (43).

De plus le but principal du désaveu préventif n'est pas de faire proclamer à la fois la maternité d'une femme mariée et la non-paternité de son mari. Si l'époux pouvait écarter l'enfant de la famille sans prouver auparavant la maternité de son épouse, il recourrait sans aucun doute à cette possibilité. Si la maternité adultérine est donc

(41) Cass. civ., 7 juill. 1960, J.C.P., 61.11923, note BOULBÈS, D. 60.545, note HOLLEAUX, Rev. trim. Dr. civ., 61.84, DESBOIS — implicitement Cass. Req., 6 mai 1941, précité ; Cass. civ., 27 mars 1950, D. 51.435, J.C.P., 50.5561, S. 52.1.12 ; Cass. civ., 23 juin 1959, Bull. Cass., 59, n° 313, p. 261.

(42) Trib. civ. Seine, 30 juin 1948, G.P., 48.2.277 ; Nancy, 15 mars 1948, G.P., 48.1.397 ; Amiens, 29 nov. 1949, G.P., 50.1.210 ; Paris, 18 juin 1957, J.C.P., 58.10576 ; Paris, 4 oct. 1957, D. 58, somm. 134 ; Paris 24 oct. 1957, J.C.P., 58.10576 ; Paris, 27 févr. 1958, J.C.P., 58.10576 ; Paris, 4 oct. 1957, D. 58, somm. 134 ; Paris, 24 oct. 1957, J.C.P., 58.10576 ; Paris, 27 févr. 1958, J.C.P., 58.10576 ; Paris, 24 juin 1958, J.C.P., 61.11923, note BOULBÈS ; Lyon, 3 juin 1958, D. 59.580, note NERSON, J.C.P., 58.10755, note J. SAVATIER, S. 58.206, note F. L., G.P., 58.2.179 (affaire Mouchotte).

(43) Cass. Req., 4 févr. 1851, D.P. 51.1.117. Jugement frappé d'appel sous Paris, 21 févr. 1863, D.P., 63.2.37 ; Trib. civ. Rouen, 18 avril 1951, G.P., 51.2.142 ; Angers, 6 juin 1951, J.C.P., 51.6363 ; Trib. civ. Laon, 23 oct. 1956, D. 57.159. *Contra* : Trib. civ. Seine, 29 oct. 1935, G.P., 35.2.917.

finalemeut déclarée, c'est à cause de l'indivisibilité de la famille légitime (qui rejoint dans cette hypothèse le souci de la vérité), ou plus exactement de la nécessité d'établir la maternité pour parvenir à l'apparition de la paternité. Mais la révélation de la filiation adultérine n'est que l'effet indirect de l'action, et non son objectif fondamental. Or nous savons que l'article 342 interdit seulement la recherche *directe* d'un lien illégitime.

L'action en recherche de maternité légitime se trouve ainsi libérée d'une entrave sérieuse. L'éventualité de l'apparition d'une filiation adultérine ne justifie pas l'irrecevabilité de l'instance. Le débat est placé sur le plan d'une recherche de la filiation légitime, qu'il s'agisse du rejet de l'article 342, ou, rappelons-le, de l'attribution de la qualité de demandeur à la mère et à son mari.

Pour la même raison, l'article 342 *bis* est sans incidence sur notre problème. Aux termes de cet article « lorsqu'une filiation est établie par un acte ou par un jugement, nulle filiation contraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement établisse, préalablement, l'inexactitude de la première ». La cour de Cassation a estimé cette disposition inapplicable « aux actions tendant à faire constater une filiation légitime » (44). La généralité des termes employés (45) militait cependant en faveur de l'extension de la portée du texte. Mais sa place dans le Code civil, à la fin d'un chapitre relatif aux enfants naturels, montre bien que le législateur n'a entendu éviter par ce moyen que les conflits entre filiations naturelles. L'article 342 *bis* suppose par ailleurs que le lien de parenté établi est juridiquement valable (46).

Dans l'action en recherche de maternité légitime, seules pourraient désormais constituer un obstacle à la vérité les prescriptions relatives aux modes de preuve. Mais elles ont été instituées au contraire dans le but de favoriser cette manifestation de la vérité, d'éviter des usurpations de qualité, et la jurisprudence s'est même efforcée d'accentuer cette tendance.

(44) Cass. civ., 18 mai 1960, D. 60.445, note HOLLEAUX, J.C.P., 60.11729, S. 60.235. Dans le même sens : Trib. civ. Laon, 23 oct. 1956, D. 57.159, note ROUAST ; Paris, 22 janv. 1957, J.C.P., 57.9941, note ROUAST ; Lyon, 5 juin 1958 (affaire Mouchotte), J.C.P., 58.10755, note J. SAVATIER, D. 59.580, note NERSON.

(45) RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1736. COLIN-CAPITANT, t. I, n° 1263.

(46) HOLLEAUX, note au D. 1960.445.

SECTION II

L'ÉLARGISSEMENT DES CONDITIONS DE PREUVE

La suspicion qui entoure toute action en recherche de maternité légitime s'est traduite sur le terrain de la preuve par l'obligation de recourir à certains adminicules avant de faire entendre les témoins. La preuve de la maternité, c'est-à-dire la preuve de l'accouchement de la mère et de l'identité de l'enfant, n'est pas libre, elle ne peut pas être administrée par tous les moyens. Les articles 323 et 324 exigent soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions ou indices graves rendant vraisemblable la prétention du demandeur.

Nul doute que cette exigence s'applique aux actions dont le but est d'établir une filiation légitime complète. Mais cette condition de forme n'a pas toujours été jugée nécessaire lorsque le mari prend l'initiative d'une action sur la base de l'article 325. La jurisprudence, en l'absence d'un arrêt formel de la cour de Cassation, est divisée. On lit par exemple dans un jugement du tribunal de la Seine : « La filiation maternelle, dont la recherche fait partie intégrante de l'action en désaveu et ne s'en distingue pas, peut traditionnellement pour cette raison être établie par tous moyens en dehors des conditions de preuves définies par les articles 323 et 324 » (47). Cette solution cependant n'a jamais été « traditionnellement » admise. L'indécision règne dans les arrêts anciens (48).

Logiquement, puisque les conditions de cette instance préventive sont calquées sur celles de la défense à l'action en réclamation d'état, le mari devrait tenir compte des prescriptions des articles 323 et 324. Il est vrai que ces précautions peuvent sembler ici superflues car on aperçoit mal la raison pour laquelle un mari voudrait par fraude attacher à son épouse, et à elle seule, un enfant qui lui serait étranger. C'est pourquoi, les articles 323 et 324 ayant pour but d'éviter la

(47) Trib. civ. Seine, 5 janv. 1949, D. 49.597.

(48) Pour l'application de l'article 323 : Paris, 6 janv. 1849, D. 49.2.207, S. 49.2.657 (argument : la généralité des termes de cet article) ; Trib. civ. Seine, 24 déc. 1852, D.P., 53.2.201.

Contra : Paris, 1^{er} août 1853, sous Cass. Req., 14 févr. 1854, D.P., 54.1.90 (mais solution implicite seulement), jugement frappé d'appel sous Paris, 21 févr. 1863, D.P., 63.2.37.

M. LANDREAU (« Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil », 1965, p. 108) estime cependant que « la solution adoptée quant aux modes de preuve fut une liberté totale par mise à l'écart des prescriptions de l'article 323 du Code civil ». Dans le même sens : E.-S. de la MARNIÈRE, « Service juridique de la protection de l'enfance », 1964.3 (7).

proclamation d'une fausse maternité, nous croyons que leur application ne se justifie pas en cas de désaveu préventif.

Ce même souci de la vérité a amené le législateur puis la jurisprudence à formuler et interpréter des règles qui ne risquent pas, sous prétexte d'éviter des usurpations, d'empêcher en contrepartie l'établissement de maternités exactes.

Les exigences légales relatives au commencement de preuve par écrit sont assouplies par rapport au droit commun de la preuve. L'article 1347 C. civ. impose que l'acte émane directement « de celui contre lequel la demande est formée ». L'article 324 est moins exigeant puisqu'il se contente d'actes « émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ».

De même, s'agissant des présomptions ou indices, le désir des rédacteurs du Code civil de faciliter le commencement de preuve résulte encore de la comparaison avec le droit commun. L'article 1353 C. civ., pose une règle générale (49) et met sur le même plan présomptions et témoignages. Au contraire, en matière de recherche de maternité légitime, la présomption constitue une preuve hiérarchiquement supérieure au témoignage.

La jurisprudence de son côté n'a pas voulu entraver la manifestation de la vérité en se montrant trop rigide. L'article 323 précise que les présomptions ou indices doivent résulter « de faits dès lors, constants », c'est-à-dire de faits bien établis, non contestés lors du procès. En principe, une enquête ne doit donc pas être nécessaire pour constater leur existence (50). Cependant la Cour de cassation a admis que la préexistence des indices pouvait résulter d'une comparution personnelle des parties (51). L'aveu obtenu au cours de cette comparution permet au tribunal de recourir aux témoignages (52). Si la prétendue mère légitime refuse de répondre, son silence peut être interprété comme un commencement de preuve par écrit conformément à l'article 336 C. pr. civ. (53).

(49) Incluse, il est vrai, dans le chapitre « de la preuve des obligations ».

(50) Trib. civ. Lille, 10 mars 1955, G.P., 55.1.358. En Droit québécois, malgré la similitude des textes régissant la matière, du moment que les adminicules existent, peu importe qu'ils aient été établis avant ou après les preuves complémentaires. LEVASSEUR, « Les divergences entre les Droits positifs français et québécois en matière de filiation légitime », La Revue du barreau de la province de Québec, février 1963, p. 85 (96).

(51) Cass. Req., 19 oct. 1925, D. 26.1.89, note R. SAVATIER, S. 25.1.313, note H. MAZEAUD.

(52) Cass. Req., 1^{er} juin 1923, S. 23.1.370.

(53) L'art. 336 C. pr. civ. mentionne expressément le commencement de preuve par écrit de l'art. 1347 C. civ., sans parler de celui prévu par l'art. 324 C. civ. Nous estimons cependant qu'on doit faire application de l'art. 336 C. pr. civ. à notre matière car la référence à l'art. 1347 C. civ. n'est donnée qu'à titre d'exemple. « Si une des parties ne comparait pas, ou, comparaisant, refuse de

Quels sont en pratique les faits susceptibles d'être retenus pour constituer le commencement de preuve par écrit ? Pourraient être proposés devant les juges la correspondance de l'un des « parents » s'il est question même à mots couverts de la naissance de l'enfant, la reconnaissance de maternité (inopérante pour établir la filiation légitime) faite par la femme dans un document autre que l'acte de naissance (54). Mais les lettres de tiers étrangers au procès ne sauraient être prises en considération (55).

On pourrait de même retenir la ressemblance frappante entre la mère et l'enfant, peut-être aussi leur appartenance à des groupes sanguins extrêmement rares, démontrée par une analyse sanguine antérieure au procès et rendue nécessaire par l'état de l'enfant, les certificats délivrés par une sage-femme (56).

Les juges du fond apprécient, bien sûr, librement la valeur de ces adminicules (et tout particulièrement l'aveu de la mère lorsqu'elle est demanderesse au litige !). S'ils les estiment suffisamment probants, ils pourront ordonner une enquête ou une expertise (57).

Les défendeurs au procès (ainsi que tout intéressé par la voie de la tierce-opposition) sont habilités par l'article 325 à proposer « tous les moyens de preuves propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir ».

Il apparaît donc que la vérité a toutes les chances d'être découverte à l'issue du procès. Les conditions de recevabilité de la preuve par témoins telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence constituent une garantie pour le bien-fondé de l'action et non un obstacle.

Lorsque, ayant obtenu satisfaction sur ce premier point, le demandeur cherchera à faire établir son lien de paternité, la différence de

répondre, le tribunal peut en tirer toute conséquence de droit et notamment faire état de l'absence ou du refus de répondre comme équivalent à un commencement de preuve par écrit dans les conditions de l'art. 1347 du Code civil. »

(54) Trib. civ. St-Brieuc, 10 févr. 1943, G.P., 43.1.123, HOLLEAUX, note sous Cass. civ., 7 juill. 1960, D. 60.545 ; T.G.I. Seine, 25 mai 1965, cité au J. Cl. Civ., art. 312-320, fasc. A, feuilles jaunes : « Les aveux implicites ou explicites des parties (le père et la mère étaient demandeurs) peuvent être retenus comme constituant les présomptions et indices graves visés à l'article 323, § 2, et permettant d'admettre l'offre de preuve testimoniale. »

(55) Cass. civ., 22 oct. 1902, D. 02.1.539.

(56) Trib. civ. Lille, 10 mars 1955, G.P., 55.1.358 ; Paris, 4 oct. 1957, D. 58, somm. 134. *Contra* : Trib. civ. Langres, 20 mars 1924, D.H., 24.527.

(57) Une expertise héredo-biologique pourrait être demandée si ce procédé était techniquement au point. Voir à ce sujet le titre III de la seconde partie. D'autre part, et avec les réserves que nous avons faites précédemment quant à la probabilité de succès du procédé, une analyse sanguine pourrait être sollicitée.

points de vue apparaîtra de manière frappante. La jurisprudence relative à la réclamation d'état a connu son plein essor, rappelons-le, au moment du retour des prisonniers de guerre. Comment concilier dès lors la vérité et la présomption de paternité de l'article 312 ?

CHAPITE II

Les entorses à la vérité résultant de la présomption de paternité.

La présomption de paternité est à la base de la composition de la famille légitime. Ce n'est cependant qu'une présomption. Le mari peut la rejeter dans certains cas lorsqu'elle ne correspond manifestement pas à la réalité. Le Droit français entend donc accorder une certaine place à la vérité. Le désaveu est en quelque sorte une sanction *a posteriori* frappant, si le mari le désire, une paternité impossible. Dès lors, s'il s'agit non pas d'exclure mais de revendiquer un lien de filiation contraire à la réalité, n'est-il pas du devoir des tribunaux d'éviter de consacrer une contre-vérité ? La Justice peut accepter d'ignorer cette irrégularité lorsqu'elle s'effectue en dehors de tout contentieux, mais refuser le mensonge lorsqu'on lui demande formellement d'y participer.

La jurisprudence a très longtemps hésité avant de s'engager dans une voie qui semble aujourd'hui définitive. Ces hésitations n'étaient pas simplement le fait des juridictions du fond. La cour de Cassation elle-même a révisé sa position. Avant 1960, le courant dominant était en faveur de la vérité : les tribunaux recherchaient si la paternité du mari était ou non vraisemblable. A partir de 1960, au contraire, la présomption de l'article 312 reçoit automatiquement application, quelles que soient les conditions de la conception de l'enfant. La vérité est mise à l'écart.

SECTION I

LES HESITATIONS DE LA JURISPRUDENCE
DANS L'APPLICATION DE LA PRESOMPTION DE PATERNITÉ

Jusqu'en 1960, la plus grande partie des magistrats ont pour préoccupation première d'apprécier le degré de vraisemblance de la paternité du mari. Très souvent l'enfant a déjà été reconnu par un tiers : en face de ces deux paternités possibles, celle du mari et celle de l'amant, le tribunal choisit celle qui a le plus de chances d'exprimer la vérité. Ce souci commande entièrement le succès de l'action.

Pour justifier leur position, plusieurs décisions essayèrent d'expliquer le rôle joué par l'article 312 : il « n'a pas un caractère irréfutable lorsque la filiation matérielle ne peut résulter que d'une déclaration judiciaire » (1). « Cette présomption, affaiblie par les circonstances dans lesquelles il se trouve placé, peut être combattue par tous moyens » (2). « En présence de deux présomptions qui se balancent, il y a lieu de rechercher d'après les circonstances de la cause celle qui doit l'emporter » (3). Une partie de la doctrine approuve ce fondement (4) qui est la traduction juridique d'une donnée de fait non contestable, à savoir qu'une maternité secrète est souvent pour une femme mariée la conséquence d'une maternité adultérine. Il est d'ailleurs beaucoup plus facile pour le mari de désavouer l'enfant (art. 325). Il doit être aussi plus facile pour le juge de ne pas imposer cette paternité fictive. L'article 312 perd son caractère de présomption irréfutable. Il est subordonné à une condition supplémentaire : traduire en l'espèce la réalité biologique.

La cour de Paris a même été plus loin : non seulement les magistrats ne doivent pas accepter aveuglément la paternité légale, mais ils ont même le devoir de la rejeter chaque fois qu'elle ne résulte pas de la déclaration de naissance. « L'acte de naissance d'un enfant déterminé ne rend applicable au mari la règle *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que s'il énonce le nom de la mère » (5). La maternité doit être « constante » pour déclencher le mécanisme de l'article 312.

(1) Amiens, 7 juill. 1955, G.P., 55.2.159, affaire Decagny.

(2) Poitiers sous Cass. civ. 1^{er} mai 1849, S. 49.1.618.

(3) Paris, 14 mars 1946, D. 47.52, G.P., 46.1.167.

(4) AUBRY-RAU, t. IX, § 544, texte et note 33. PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 779. ROUAST, note au J.C.P., 1959.11104.

(5) Paris, 3 déc. 1942, D.C., 43.110, note HOLLEAUX, S. 43.2.34 ; Paris, 4 fév. 1943, D.C., 44, note HOLLEAUX, S. 45.2.49, note HÉBRAUD, G.P., 43.1.227 ; Paris, 14 mars 1946, D. 47.52, note HOLLEAUX, G.P., 46.1.167 ; Paris, 26 mars 1953, G.P., 53.2.32.

Plus nombreuses cependant sont les décisions qui, devant la généralité des termes de l'article 312, ne rejettent la demande qu'après une analyse détaillée des circonstances de chaque affaire. La paternité la plus vraisemblable sera proclamée (6) mais ce souci s'exprime selon des formes et à des degrés différents.

§ 1. — La présomption de paternité subordonnée à la cohabitation des époux.

La cour de Douai nous fournit par exemple une application très nette de cette idée. Elle décide en effet, le 1^{er} juillet 1946 (7) que le mari ne peut prouver la filiation maternelle « que si durant la période légale de la conception, les époux ont cohabité ». Et en l'espèce, ainsi que le relève l'arrêt, l'adultérinité était évidente car le mari de la mère était prisonnier lors de la conception et de la naissance.

Cette solution doit être rapprochée de celle donnée par la chambre des Requêtes dans l'affaire Albano da Re le 6 mai 1941 (8). La cour de Cassation, en s'appuyant sur l'article 312, avait accordé au mari la possibilité de revendiquer l'enfant né de sa femme. Mais elle avait aussi relevé un élément de fait mentionné par la cour d'appel : la cohabitation des époux pendant une petite partie de la période légale de la conception. La cour de Douai, en 1946, raisonnait donc comme si la cour de Cassation avait posé comme condition à l'application de l'article 312 la cohabitation des époux (9). Cette interprétation *a contrario* de l'arrêt Albano da Re n'est nullement convaincante. Elle fut cependant reprise par la Cour de cassation le 18 octobre 1949 (10) et le 14 janvier 1959 (11).

Dans l'arrêt Decagny de 1959, l'impossibilité absolue de cohabitation était prouvée par l'éloignement du mari, prisonnier en Allemagne. L'impossibilité de paternité était dès lors flagrante, ce qui empê-

(6) Elle sera fort difficile à déterminer si la femme a entretenu en même temps des relations avec son amant et son mari. Le moyen de départager les deux « candidats » à la paternité serait alors une analyse comparée des différents groupes sanguins.

(7) S. 1947.2.81, note G. LACARDE. Cet arrêt est particulièrement sévère pour l'enfant car il n'avait pas été reconnu par son véritable père.

(8) D.C., 1941.108, note HOLLEAUX, J.C.P., 42.1819, note DESBOIS, S. 47.2.82, sous note G. P. 41.2.142.

(9) Cf. l'arrêt de la cour d'Amiens du 29 oct. 1953, G.P., 54.1.339 : « Il n'est pas contesté que les époux C... ont vécu ensemble pendant la période légale de la conception de l'enfant ; que *dès lors* c'est avec raison que les premiers juges ont fait prévaloir la présomption de paternité légitime. »

(10) J.C.P., 1949, 5141, note LE FLECH, S. 52.1.12.

(11) D. 1959.157, note E.-S. de la MARNIÈRE, J.C.P., 59.11104, note ROUAST, G.P., 59.1.156 ; voir aussi Cass. civ., 23 juin 1959, Bull. Cass., 59, p. 261.

chait le mari de « prétendre qu'on avait par des moyens frauduleux entendu le priver du droit de se prévaloir de l'article 312 ». L'article 312 est envisagé ici dans sa fonction de fondement à la recevabilité de l'action des parents (12).

Le 18 octobre 1949, la prétention de la demanderesse fut rejetée pour deux raisons : d'une part, la cour d'appel avait relevé que « pendant la période légale de la conception, le rapprochement des époux Y... ne paraît pas avoir été possible ». Et M. Le Clech, rapporteur, précisait bien dans sa note au *Juris Classeur Périodique* que « par conséquent une des conditions essentielles à l'application de l'article 312 du Code civil manquait ». D'autre part, la présomption *pater is est...* ne peut pas jouer si le mari s'y oppose.

§ 2. — La présomption de paternité subordonnée à la conviction de paternité du mari.

En l'espèce « cette présomption n'est pas invoquée par le sieur Y... et ne peut donc être utilisée contre lui pour lui attribuer... une paternité qu'il a déniée ». L'arrêt ajoute : « et qui est démentie par tous les faits de la cause ». Donc, si le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant, il écartera à son gré l'application de l'article 312 en manifestant ouvertement sa conviction de non-paternité. L'article 312 ne peut jouer en dehors de la volonté du mari. Par une simple manifestation de volonté dénuée de toute condition de forme ou de délai, il peut refuser l'accès du cercle familial à l'enfant qui était né de sa femme.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Mouchotte le 28 mai 1957 (13) repose au départ sur des données voisines : le mari est persuadé de sa non-paternité. Et sa conviction prend même la forme juridique d'une action en désaveu.

Mais alors que dans l'espèce jugée le 18 octobre 1949, le désaccord des époux n'avait fait que croître au point que le divorce avait été prononcé, dans l'affaire Mouchotte au contraire tout finissait par une réconciliation. Et pour sceller l'union retrouvée, le mari pardonnait et se joignait à sa femme dans une action en réclamation d'état d'enfant légitime. La Cour de cassation censura l'arrêt des juges d'appel (14) qui avaient appliqué la présomption de l'article 312. Le mari « ne

(12) Voir *supra*, pp. 70 et suivantes.

(13) D. 1958.89, note D. TALLON, J.C.P., 58.10603, note J. SAVATIER, S. 58.81, G.P., 57.2.154.

(14) Paris, 30 avril 1954, J.C.P., 54.8204, note MAZEAUD. La cour de Paris a d'ailleurs maintenu sa position après la censure opérée par la cour régulatrice le 28 mai 1957 (voir Paris, 27 fév. 1958, J.C.P., 58.10576).

peut s'en prévaloir s'il l'invoque malgré la conviction par lui exprimée de la paternité de l'auteur de la reconnaissance ». Par conséquent, le mari doit croire à sa paternité s'il veut que celle-ci soit reconnue et (arrêt du 18 octobre 1949) elle ne pourra pas lui être imposée par les tribunaux.

Il est vrai que l'attitude de M. Mouchotte était cynique au point d'en être offensante pour les magistrats qui devenaient les jouets d'un plaideur habile et sans scrupule. Non seulement il ne se croyait pas le père, mais il avait agi en justice pour le démontrer. On lui aurait peut-être pardonné, s'il avait cru sans agir... Sa conviction était surtout importante parce qu'elle s'était déclarée, elle s'était intégrée dans l'ordre juridique. La volonté déclarée est un acte social, qui a une force bien supérieure à celle de la volonté implicite et s'il a semblé impossible aux magistrats de ne pas en tenir compte, c'est que de plus sa première attitude reflétait sans doute la vérité.

Il y avait alors pour eux trois raisons de donner cette solution :

1° M. Mouchotte ne croyait pas à sa paternité;

2° il avait posé un acte juridique en ce sens;

3° cet acte juridique correspondait à la réalité de sorte que le revirement ultérieur faisait éclater en pleine lumière la fiction et le scandale.

Et si la solution de la cour de renvoi (15) fut différente, elle apparaîtrait néanmoins comme un prolongement de l'idée que nous venons de développer. La cour de Lyon ne liait plus l'article 312 à une considération subjective, son application dépendait d'une donnée objective : le respect de la vérité lorsque celle-ci est manifeste.

§ 3. — La présomption de paternité subordonnée à la condition de ne pas heurter une évidence contraire.

La condition ainsi posée par la cour de Lyon est la suivante « ne pas heurter une contre-vérité si manifeste que la décision qui consacrerait ainsi une paternité certainement inexacte, heurterait l'ordre public (16) ». A un double point de vue, on peut s'étonner de la référence à cette notion générale :

(15) Lyon, 3 juin 1958, D. 59.580, note NERSON, J.C.P., 58.10755, note J. SAVATIER, S. 58.206, note F. L., G.P., 58.2.179.

(16) Pour une autre référence à l'ordre public et à la conviction intime du demandeur, voir Paris, 24 déc. 1959, J.C.P., 60.11531, note ESMEIN : « Sans méconnaître gravement la notion d'ordre public, il ne peut être fait obligation au tuteur ou à la mère de revendiquer au nom de l'enfant semblable état (d'enfant légitime) alors qu'il a la conviction, exprimée et corroborée par tous les documents de la

L'ordre public en effet peut-il s'opposer à l'attribution d'une paternité résultant d'une prescription législative ? On sait que « les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles » (17). Le juge se verrait chargé d'une mission inhabituelle puisque ce serait à lui qu'incomberait le rôle de faire disparaître d'office une paternité impossible.

L'ordre public, d'autre part, est-il lié à la vérité (18) ? Ne protège-t-il que la situation juridique qui est le reflet d'une situation de fait ? L'ordre public ne peut-il être d'imposer des contre-vérités pour affirmer, quoi qu'il en coûte, un principe ? On songe par exemple à la prohibition de la reconnaissance des enfants adultérins.

La cour de Lyon en se livrant à une nouvelle analyse des faits n'estime pas manifeste la non-paternité du mari, bien qu'on puisse relever à son encontre « de graves présomptions ». En fait, cette jurisprudence est très proche de celle qui refusait d'appliquer l'article 312 en cas d'impossibilité de cohabitation au moment de la conception. On ne voit guère dans quel cas elle pourrait jouer en dehors de l'éloignement du mari. La production aux débats d'une expertise sanguine révélant une incompatibilité entre le groupage sanguin de l'enfant et celui du mari de la mère ne pourrait pas, semble-t-il, constituer une « contre-vérité manifeste ». Une analyse faite en laboratoire nécessite l'intervention de données intellectuelles complexes. Il lui manque l'évidence, la notoriété que la cour de Lyon semble exiger.

L'enfant, dans tous les cas envisagés jusqu'à maintenant, conservera le statut d'enfant naturel reconnu ou non par son père. Sa filiation ne sera pas fausse, mais elle sera incomplète. Au contraire, la tendance moderne de la Cour de cassation est maintenant de préférer au silence un mensonge partiel.

cause, que le mineur qu'il représente ne peut être l'enfant légitime du mari de la mère, et de lui faire ainsi attribuer... une filiation contraire à la réalité.»

Voir aussi T.G.I. Sarreguemines, 31 mai 1960, D. 61.47, note MALAURIE, Rev. crit. dr. int., 62.516, note BATIFFOL : « La présomption de légitimité établie par l'article 312 du Code civil français ne doit s'imposer que dans la mesure où elle n'est pas anéantie par une contre-vérité indiscutable et manifeste... En refusant d'accorder l'*exequatur* dudit jugement, la décision consacrerait ainsi une paternité inexacte et heurterait l'ordre public.»

(17) Cass. civ. 17 déc. 1913, D. 14.1.261.

SECTION II

L'APPLICATION INTEGRALE
DE LA PRESOMPTION DE PATERNITE
DANS LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

Au lieu de considérer chaque recherche de paternité légitime comme une espèce particulière qu'il fallait trancher en fonction des circonstances de la cause, toutes les instances vont désormais recevoir la même issue : la paternité légale prévaut sur la paternité de fait.

Cependant tout espoir de voir l'enfant rattaché à son véritable père n'avait pas disparu : l'application automatique de la présomption de l'article 312 aurait pu en effet se concilier avec l'attribution de larges facilités de contestation. Mais la jurisprudence a refusé d'accorder au véritable père le droit de combattre la paternité du mari. C'est un droit qui, en toute hypothèse, n'appartient qu'au chef de famille.

§ 1. — La paternité : effet réflexe de la maternité.

Voici l'arrêt du 7 juillet 1960 par lequel la Cour de cassation, revenant sur sa position antérieure hésitante, a fermement posé des principes nouveaux de solution. « Une personne inscrite sur les registres de l'état civil comme née de père et mère non dénommés est... toujours recevable à réclamer l'état d'enfant légitime en prouvant qu'elle a pour mère une femme qui était mariée à l'époque de sa conception, *sans qu'il incombe en outre d'offrir en preuve des faits tendant à établir directement la paternité du mari, celle-ci résultant de la présomption légale de l'article 312* (19) ».

L'enfant « reçoit » un père du seul fait qu'il a pour mère une femme mariée. Il est superflu de s'interroger sur la paternité réelle. C'est un problème que l'on n'a pas à aborder : il est tranché une fois pour toutes par l'article 312. La paternité est une question de droit, non une question de fait; elle est indépendante du mode d'établissement de la maternité. Pour reprendre l'expression d'un vieil arrêt

(18) Trib. civ. Chaumont, 1^{er} avril 1957, J.C.P., 57.10197, note SOUDÉ : « En matière de filiation, un recours trop facile à la notion d'ordre public est de nature à entraîner certaines incohérences ; ... l'ordre public autant attaché à la manifestation de la vérité qu'à la stabilité de l'état et à la paix des familles, suppose un harmonieux équilibre entre diverses données. »

(19) C'est nous qui soulignons. D. 1960.545, note HOLLEAUX, J.C.P., 61.11923, note BOULBÈS.

(20) : c'est « une présomption d'ordre public érigée en vérité par la loi » (21).

Peu importe alors qu'un autre homme ait officiellement affirmé une paternité contraire (22) : sa reconnaissance tombe automatiquement puisqu'elle vise un enfant légitime. C'est tout de même faire bien peu de cas de la réalité biologique, psychologique et sociale. C'est aussi donner à la volonté des parents un rôle exorbitant (23).

Peu importe encore l'attitude des parents de l'enfant et leur conviction profonde de non-paternité du mari (24). Cette conviction de non-paternité est en effet inopérante à un double point de vue. Elle est sans influence sur la solution au fond du problème : l'article 312 a un caractère impératif, la paternité est une conséquence inéluctable de l'apparition à la vie juridique de la maternité. Et nous avons vu d'autre part que la croyance du mari ne peut influencer sur la recevabilité de l'action. La décision est opposable aux parents légitimes s'ils ont été mis en cause (25).

(20) Rouen, 14 mars 1877, S. 80.1.241. C'est nous qui soulignons.

(21) En ce sens : Cass. Req., 6 mai 1941, D.C., 41.108, G.P., 41.2.142, S. 47.2.82 (note), J.C.P., 42.1819 ; Trib. civ. Rennes, 18 juill. 1945, S. 47.2.81, note LACARDE, D.48.6, note HOLLEAUX ; Paris, 8 mai 1947, D. 48.6, note HOLLEAUX ; J.C.P., 47.3770, note ROUAST ; Amiens, 20 janv. 1948, G.P., 48.1.105 ; Cass. civ., 27 mars 1950, D. 51.435, J.C.P., 50.5561, S. 52.1.12 ; Paris, 30 avril 1954, J.C.P., 54.8204, note MAZEAUD ; Paris, 8 juin 1954, D. 54.577 ; Paris, 27 févr. 1958, J.C.P., 58.10576 ; Cass. civ., 23 juin 1959, Bull. Cass., 59.1.261 ; Cass. civ., 20 oct. 1959, Bull. Cass., 59.1.347 (ces deux arrêts rappellent un point de fait : l'impossibilité de paternité n'était pas démontrée) ; Cass. civ., 7 juill. 1960, précité ; Cass. civ., 14 mars 1961, J.C.P., 61.12125. En ce sens pour la doctrine : BOULBÈS, « De quelques problèmes soulevés par la recherche de maternité légitime lorsque l'enfant a été préalablement reconnu par son père », J.C.P., 1958.1.1427 ; HOLLEAUX, note au D. 1960.545 ; MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 878, note au J.C.P., 1954.8204 ; RAYNAUD, « La présomption de paternité légitime dans la jurisprudence récente », *Mélanges Rouhier*, t. II, 217 (225) ; J. SAVATIER, notes au J.C.P., 1958.10603 et 10755 ; TALLON, note au D. 1958.89 (sauf si la mère agit seule).

Contra : CONSOLO, « Les conflits de paternité en Droit français moderne », 1949, p. 68 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 779 ; ROUAST, note au J.C.P., 1959.11104.

(22) Même si une possession d'état conforme à la reconnaissance peut être établie. L'article 322 est réservé à la filiation légitime. Cass. civ., 12 févr. 1863, D.P., 63.1.60.

(23) J. FOYER, « Successions, filiation : quelles réformes ? », *Notre République*, 24 sept. 1965 : « N'est-il pas quelque peu abusif de laisser ce fait (la filiation) dépendre exclusivement de la volonté soit des parents, soit même de l'enfant : les uns et les autres fabriquent alors des filiations imaginaires qui n'ont aucun rapport avec la réalité des choses. »

(24) Voir notamment BOULBÈS, J.C.P., 1958.1.1427, et *Mélanges Maury*, « L'attribution de la nationalité française par filiation dans le cas où existe un conflit de paternité aggravé par un conflit de lois », t. I, p. 75 (78).

(25) De plus l'ordonnance du 23 août 1958 modifiant l'article 100 C. civ. a rendu opposables à tous les rectifications d'état civil. En principe cet article ne devrait s'appliquer qu'aux rectifications obtenues par la voie simplifiée de l'article 99. Toutefois certains auteurs lui donnent une portée générale. L'oppo-

Peu importe enfin l'attitude de l'enfant. Il est certes intéressé au premier chef par ce procès, mais il ne peut aucunement en modifier l'issue. Et il est difficile de déterminer *in abstracto* quelle est pour lui la meilleure solution. Lorsque l'action est intentée par les deux époux, il sera sans doute bien accueilli au sein de la famille. Le mari a pardonné, il entend reconstituer son foyer sur des bases nouvelles et acceptera d'autant mieux l'enfant que celui-ci pourra plus facilement être considéré par tous comme l'enfant légitime du couple (26). Mais l'intérêt de l'enfant sera-t-il le souci dominant lorsque l'action est mise en mouvement par un seul des deux parents ? Il n'est plus question de réconciliation des parents autour de l'enfant. L'opposition féroce n'a pas fait place à l'apaisement. On imagine les sentiments de vengeance et de haine qui peuvent animer la mère contre son amant avec lequel elle a rompu mais qui était fort attaché à l'enfant, ou encore ceux de son mari à l'encontre de son rival. « Quantité d'enfants de femmes séparées de fait depuis de nombreuses années, écrit M. de la Marnière (27), sont exposés à des "revendications" qui conduisent, ainsi que nous en avons presque quotidiennement l'expérience, à des chantages de la part du mari. » L'intérêt personnel des parents prime alors celui de l'enfant.

Quant aux juges, ils n'ont aucun pouvoir d'appréciation. Dans l'affaire Mouchotte, la cour de Lyon (28) avait restreint le jeu de l'article 312 au cas où il ne couvre pas une « contre-vérité manifeste ». Sinon la décision des juges « heurterait l'ordre public ».

Mais la Cour de cassation (29) a estimé surabondants et « erronés » ces motifs « relatifs à la faculté pour les tribunaux de faire échec d'office à la présomption de paternité du mari ».

Ce regain de vigueur donné à la famille légitime ne favorise guère la manifestation de la vérité. Certes on permet en toute hypothèse le rattachement de l'enfant à sa mère. Mais en même temps on lui donne d'autorité pour père un homme qui est souvent sans lien avec lui; de ce fait toute reconnaissance de la véritable paternité est rendue impos-

sabilité absolue s'étendrait à tous les jugements modifiant même indirectement l'état civil. COSNARD, « L'autorité des actes et des jugements d'état », Rev. trim. Dr. civ., 1961.5 (14).

(26) Les mobiles des parents sont parfois plus difficiles à déterminer : on a vu par exemple deux personnes divorcées revendiquer leur enfant qui avait été adopté. Cass. civ., 23 janv. 1959, Bull. Cass., 59, n° 313, p. 261.

(27) Note au D. 1959.157 ; voir aussi NERSON, note au D. 59.580 (585) ; VÉRON, « Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant », Rev. trim. Dr. civ., 1967.521.

(28) Lyon, 3 juin 1958, D. 59.580, note NERSON, J.C.P., 58.10755, note J. SAVATIER, S. 58.206, note F. L., G.P., 58.2.179.

(29) Civ., 14 mars 1961, J.C.P., 61.12125, précité.

sible pour l'avenir ou disparaît si elle était déjà intervenue (30). On substitue une vérité partielle à une autre vérité partielle, mais on l'assortit en même temps d'un mensonge complémentaire, tout en proclamant qu'on est alors en face d'une vérité totale !

La présomption de l'article 312 est donc bien un effet légal du mariage, subi passivement par tous les intéressés. En tant que chef de famille, le mari ne dispose d'aucune prérogative particulière. Il est sur le même plan que les autres membres du groupe légitime, il subit l'article 312. Au contraire, il va retrouver un rôle actif pour expulser l'enfant du cercle familial. Est-il le seul à pouvoir prendre une telle initiative ?

§ 2. — Le droit exclusif du chef de famille de renverser la présomption de paternité.

L'enfant dont le nom de la mère avait été omis à l'état civil a maintenant le statut de fils légitime de deux personnes mariées. Mais les circonstances particulières ayant présidé à l'établissement de cette filiation vont en rendre plus facile la contestation. L'article 325 du Code civil déclare que « la preuve contraire pourra se faire par tous... moyens ». Si la non-paternité du mari ne résulte pas de son éloignement au moment de la conception, un des moyens utilisés le plus fréquemment sera l'analyse sanguine. Aucun adminicule préalable ne doit être fourni. La manière dont était rédigé l'état civil est une garantie suffisante de la vraisemblance de l'action.

Cependant, chronologiquement, la question du mode de preuve à utiliser ne se pose qu'en dernier lieu, et notamment après la détermination des personnes susceptibles d'agir. En effet, tout intéressé, et particulièrement le tiers qui a préalablement reconnu l'enfant, peut-il contester la paternité du mari de la mère, ou bien ce droit est-il réservé au mari ? L'article 325 est au cœur de la discussion. Mais on avait cru un moment pouvoir utiliser en outre l'article 339.

A. — L'ARTICLE 339 DU CODE CIVIL.

M. Holleaux défendit vigoureusement l'application de cet article (31). « L'auteur de la reconnaissance sera toujours en droit d'en défendre la véridicité envers et contre tous et même contre le mari et contre

(30) « Que le mari décide de revendiquer les enfants de sa femme, et toute reconnaissance antérieure sera nulle... sans que l'invraisemblance biologique interdise au mari de faire valoir ce qui est pour lui un droit absolu : le bénéfice de la présomption de l'article 312 », M. VÉRON, « Volonté du père et reconnaissance d'enfant », *Rev. trim. Dr. civ.*, 1967.523.

(31) D.C., 1941.108, D.C., 1943.110, D. 1947.76, D. 1948.6.

la présomption de paternité dont celui-ci se prévaut... Ce faisant... il ... agira en vertu de l'article 339 et des droits que lui confère à coup sûr sa position de défendeur à la contestation de reconnaissance incluse dans la réclamation d'état exercée par le soi-disant père légitime » (32).

Autour des années 1947 et 1948, la jurisprudence s'était fait l'interprète de cette idée (33) et le tribunal de la Seine (34) (présidé par M. Holleaux) donnait d'ailleurs au litige une solution nouvelle intéressante conforme à la filiation exacte de l'enfant : celui-ci avait en effet pour mère la femme mariée qui l'avait mis au monde et pour père l'amant de cette femme (35). Les étapes du jugement sont les suivantes.

La recevabilité de l'action intentée par la mère est admise, l'article 342 étant inapplicable à une action en réclamation d'état.

La maternité de la demanderesse est « amplement prouvée en tous ses éléments ».

Quant à la paternité du mari, elle peut être combattue par l'auteur de la reconnaissance s'appuyant sur l'article 339, à condition de prouver avec certitude son impossibilité matérielle. Cette preuve résultait en l'espèce de l'absence du mari, prisonnier de guerre en Allemagne au moment de la conception.

Enfin, la reconnaissance du tiers était exacte et ne se heurtait pas aux dispositions de l'article 335 : « il ne s'applique pas à une reconnaissance faite à une date où l'enfant reconnu était encore sans aucune filiation ». « La constatation conforme aux prévisions de l'article 325 de l'adultérinité « a matre » de l'enfant ne saurait par une conception abusive de l'effet déclaratif de l'établissement de la filiation maternelle, rendre *a posteriori* inopérante, la reconnaissance initialement valable » (36).

La véritable filiation se trouvait ainsi révélée complètement au grand jour. L'affirmation initiale de paternité faite par l'amant de la

(32) Dans le même sens : LACARDE, S. 1947.2.82 ; CACHIA, Rev. trim. Dr. civ., 1953, p. 620 ; CONSOLO, « Les conflits de paternité en droit français moderne », p. 61...

(33) Paris, 8 mai 1947, D. 48.6, note HOLLEAUX, J.C.P., 47.3770, note ROUAST.

(34) 2 déc. 1947, D. 48.103, G.P., 48.152 ; 30 juin 1948, G.P., 48.2.277.

(35) Dans le même ordre d'idées, le Trib. civ. de Saumur, le 29 janv. 1948 (G.P., 48.2.278), en l'absence de toute reconnaissance paternelle avait admis la proclamation de la seule maternité légitime.

(36) Cette même justification sera donnée par la cour de Paris le 3 juin 1958 (G.P., 58.2.85) pour valider la reconnaissance d'un tiers malgré le désaveu exercé par voie d'exception en vertu de l'article 325. Pour le maintien de la reconnaissance du tiers en cas de réclamation d'état d'enfant légitime ou de désaveu préventif. HOLLEAUX, note au D. 1948.103 ; *contra* : Cass. civ., 3 juin 1964, D. 64.700, note R. SAVATIER, S. 64.314, note PLANCQUEEL.

mère lui conférerait dans le procès un rôle de premier plan. Il pouvait répondre à ceux qui, implicitement mais nécessairement, contestaient son aveu.

Mais le recours à l'article 339 est incompatible avec l'automatisme de la présomption de l'article 312. La reconnaissance du tiers est peut-être véridique, mais elle est nulle aux termes de l'article 335. Elle ne peut conférer aucun droit à son auteur (37). On a fort bien dit que le problème est celui de la validité de la reconnaissance, non pas de sa véracité (38). Sans doute, extérieurement, semblait-elle valable puisque le second auteur de l'enfant était inconnu. Mais il suffisait que la lumière soit faite sur le second élément de la filiation pour que tombe cette apparence de validité. Certes, lorsque l'enfant est né d'un femme célibataire et d'un homme marié, la reconnaissance du père est sans effet sur celle faite antérieurement par la mère. Mais cette solution n'est qu'une conséquence logique de l'article 335 : la reconnaissance du père, marié, est inopérante, elle est non avenue, elle ne peut donc retentir sur la première reconnaissance valable (39). Dans notre cas au contraire, l'établissement de la filiation qui révèle l'adultérinité est un acte parfaitement valable. Il est donc logique (mais peut-être inhumain) d'en tenir compte pour apprécier le caractère de la reconnaissance initiale (40). La cour de Lyon, le 3 juin 1958 (41) s'exprimera en ces termes : « La reconnaissance de Durand doit être appréciée comme si l'acte de naissance de Gérard portait originairement le nom de la mère, ce qui entraîne sa nullité. »

Indépendamment d'ailleurs de la technique employée, le résultat auquel on aboutissait était en contradiction avec les principes de la filiation légitime et se heurtait à l'article 342. La filiation légitime, dira M. Soudé (42), « est un rapport juridique entre père, mère et enfant, rapport tricéphale mais indivisible ». Il fallait alors trancher directement le problème posé par l'article 325. Qui peut invoquer à son profit cet article ?

(37) NERSON, note au D. 1959.580 (584).

(38) TALLON, note au D. 1958.89.

(39) Dans le même ordre d'idées, une reconnaissance émanant d'une personne mariée ne peut créer aucun lien juridique valable de filiation. Elle produira cependant ses effets tant qu'elle ne sera pas contestée.

(40) La Cour de cassation (Civ., 3 juin 1964, précit.), a annulé la reconnaissance du tiers « même antérieure » en cas de succès d'une action en désaveu, que le nom de la mère ait ou non été mentionné à l'état civil.

(41) D. 59.580, note NERSON, précité.

(42) G.P., 1954.1, D. 45 : « La recherche judiciaire de filiation légitime concernant un enfant déjà reconnu par son père naturel ».

B. — L'ARTICLE 325 DU CODE CIVIL.

Le texte du Code ne contient aucun renseignement à ce sujet. L'esprit dans lequel il a été rédigé nous fournit-il quelque indication utile ? Par ailleurs quels moyens de preuve autorise-t-il ?

1. — *Le mari : seul utilisateur de l'article 325.*

Deux idées avaient guidé les rédacteurs de notre Code : le souci de la vérité et la logique : « Comment en effet en donnant à l'enfant tous les moyens de prouver son état, la loi aurait-elle refusé aux parents les moyens de repousser une prétention qui les dépouillerait de leurs propriétés, et admettrait parmi eux un être qui n'appartient pas à leur famille ? » (43).

Si la liberté de preuve, dira-t-on, est reconnue à celui qui conteste la paternité du mari, la raison doit en être recherchée dans les conditions suspectes d'établissement de la maternité (44). Cet article témoigne d'une faveur pour la recherche de la vraie filiation. Il convient donc d'être animé de ce même esprit pour résoudre un problème voisin se posant dans les mêmes circonstances. D'ailleurs, contrairement à la jurisprudence antérieure à la révolution, le mari n'était pas le seul en 1804 à pouvoir bénéficier de ces facilités de preuve. Ce droit appartenait à ses héritiers (ses parents notamment) et surtout à ceux de la mère (45). En élargissant cette solution, on devrait décider que tout défendeur au procès pourrait user de cette faculté. Le juge cependant ne serait pas en droit d'y recourir puisqu'il n'est pas partie au procès. Les défendeurs seraient, suivant les cas, le tiers ayant reconnu l'enfant (46), ainsi que son épouse si une légitimation de complaisance avait eu lieu (47), l'adoptant (48), l'ad-

(43) Rapport de Lahary au Tribunal. LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 256.

(44) Le recel de naissance est établi (Paris, 24 juin 1958, J.C.P., 61.11923, note BOULBÈS). Mais s'il l'est sans doute à l'égard de la société, il ne l'est pas automatiquement à l'égard du mari (D. LANDREAU, « Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil », 1965, p. 26). La femme n'a peut-être jamais dissimulé sa grossesse. Son époux peut avoir lui-même déclaré à l'état civil la naissance sans indiquer la filiation, de manière à se réserver la faculté de désavouer plus aisément l'enfant ultérieurement. L'article 325 est alors détourné de son but par une véritable fraude.

(45) LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, pp. 177 et 256.

(46) Mais sa contestation se heurterait, selon nous, à la règle « pas d'intérêt, pas d'action », puisque la reconnaissance qu'il aurait pu invoquer s'est révélée adultérine, donc nulle. MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 907. *Contra*, BOULBÈS, J.C.P., 1958.1.1427, précité.

(47) Cass. civ., 14 janv. 1959, affaire Decagny, D. 59.157, J.C.P., 59.11104, G.P., 59.1.156.

(48) Cass. civ., 23 juin 1959, Bull. Cass., 59, n° 313, p. 261.

ministration qui a recueilli l'enfant (49), le tuteur *ad hoc*... (50).

Mais on ne peut ainsi raisonner par analogie que si aucun principe supérieur ne s'oppose à cette extension. Or quelle est la nature de cette action que l'on voudrait donner à d'autres que le père légitime ?

Certains l'ont analysée comme une contestation d'état faisant ainsi un rapprochement avec l'article 315 qui vise le cas où l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Il n'est pas douteux que dans les deux cas la paternité est parfois impossible. Mais, rappelons-le, la paternité légitime est une question de droit, ce qui empêche toute comparaison entre deux situations semblables en fait mais *juridiquement* différentes. Dans un cas en effet, conception et naissance se situent pendant le mariage. Ce sont les seuls éléments dont il importe de tenir compte pour déterminer la paternité légitime (51). Si la paternité du mari n'a pas été établie dès l'origine, c'est à cause d'une omission à l'état civil. Mais les données de fond étaient telles qu'elles auraient dû entraîner de manière irréfragable la paternité du mari. Dans le cas de l'article 315 au contraire, la naissance a eu lieu à un moment où le mariage était déjà dissous depuis un certain temps. Le problème ne se pose donc pas du tout dans les mêmes termes et il appelle une solution différente. D'ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, la rédaction de l'état civil est sans influence sur l'issue du litige soumis aux tribunaux.

L'objet de l'action est le suivant : faire échec à l'article 312 en démontrant qu'un enfant né d'une femme mariée au cours du mariage n'a pas pour père le mari de cette femme. Dans la famille légitime, ce droit n'appartient qu'au mari. C'est la loi qui décide de l'admission d'un enfant au sein de la famille mais c'est le mari et lui seul (52) qui décide de l'opportunité d'en écarter cet enfant. La paternité peut très bien être fort peu vraisemblable et même pratiquement impossible, le mari reste seul maître de ce qui est un désaveu. Il a une option : désavouer ou pardonner. Le désaveu s'accompagne bien souvent d'une rupture du lien conjugal, au détriment alors des membres de la famille

(49) Douai, 1^{er} juill. 1946, S. 47.2.82, note LAGARDE

(50) Les magistrats ne peuvent pas mettre en cause ces personnes si les parties ne l'ont pas fait. M. SOUDÉ (C.P., 53.2, D. 65) proposait cependant de leur reconnaître ce droit en invoquant l'article 855, al. 3, C. pr. civ. Cet article relatif aux rectifications d'état civil stipule que « le président du tribunal ou le tribunal pourront ordonner que toutes personnes intéressées seront appelées en cause ». « Or, écrit M. Soudé, la déclaration judiciaire de filiation légitime emporte rectification de l'acte de naissance. Ils (les magistrats) ne feraient que se conformer à l'esprit de la loi. » Mais l'article 835 C. pr. civ. dans son 1^{er} alinéa, renvoie à l'article 99 C. civ. qui, lui, est inapplicable lorsque la demande en rectification soulève une question d'état.

(51) En supposant, bien entendu, non douteuse la maternité de l'épouse.

(52) Ainsi que ses héritiers, dans les conditions fixées par l'article 317.

légitime (53). Au contraire si le mari, dans l'intérêt de tous, décide d'oublier l'offense, sa décision doit être sans appel, personne ne doit pouvoir s'opposer à sa volonté de pardon. C'est le monopole marital en matière de désaveu, un des principes fondamentaux de l'organisation de la famille, qui est critiquable bien plus croyons-nous que l'analyse juridique de la défense à l'action en réclamation d'état. Cette analyse nous paraît en tout cas logique dès lors que la légitimité résulte de l'article 312.

Après beaucoup d'hésitations en doctrine et en jurisprudence (54) le problème a été tranché par un arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 1960 : « Attendu que dans le cas de réclamation d'état d'un enfant déclaré à l'état civil sans indication de nom de mère, c'est au seul mari qu'appartient, lorsque la maternité de la femme se trouve prouvée, la faculté de combattre par tous moyens la présomption légale de paternité en résultant à son égard » (55). La formule très large de la Cour de cassation ne laisse place à aucun doute : quel que soit le demandeur à l'action en recherche de maternité légitime, le mari peut seul repousser la présomption de paternité qui en découle. Un tiers ne peut plus se prévaloir d'une reconnaissance antérieure et le juge perd tout pouvoir d'appréciation aussitôt que la maternité est établie.

Cet arrêt résoud enfin une dernière difficulté concernant les modes de preuve à la disposition du mari.

(53) L'enfant désavoué sera seul à pouvoir être éventuellement légitimé par le remariage de sa mère.

(54) En faveur de la solution finalement admise par la Cour de cassation : Rouen, 14 mars 1877, S. 80.1.245 ; Paris, 30 avril 1954 (affaire Mouchotte), J.C.P., 54.8204, note MAZEAUD ; Lyon, 3 juin 1958 (affaire Mouchotte), D. 59.580, note NERSON, J.C.P., 58.10755, note J. SAVATIER ; Bordeaux, 16 juin 1955, J.C.P., 55.8778, note SOUDÉ ; Paris, 18 juin 1957, J.C.P., 58.10576 ; Paris, 27 févr. 1958, J.C.P., 58.10576. PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 814 ; MAZEAUD, t. I, 2° vol., n° 907 ; J. MAZEAUD, note au J.C.P., 1954.8204 ; BOULBÈS, J.C.P., 1958.1.1427 et Mélanges Maury, t. I, p. 75 (86), précités ; J. SAVATIER, J.C.P., 1958.10755 et 10603 ; DESBOIS, J.C.P., 1942.1819.

Contra : Cass. Req., 13 févr. 1839, S. 40.1.117 ; Trib. civ. St-Brieuc, 10 févr. 1943, G.P., 43.1.128 ; Trib. civ. Saumur, 29 janv. 1948, G.P., 48.2.278 ; Amiens, 29 oct. 1953, G.P., 54.1.339 (et spécialement le jugement frappé d'appel). *Contra* aussi tous les anciens auteurs (DEMOLOMBE, t. V, n° 260 ; DEMOCUE et MARCADÉ sous les articles 325 ; LAURENT, t. III, n° 421 ; TOULLIER, t. II, n° 895) ; AUBRY et RAU, t. IX, note 32, § 544 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1744 ; LACARDE, Rev. trim. Dr. civ., 1950, p. 176 ; SOUDÉ, G.P., 1954.I. D. 45, art. précité ; HOLLEAUX, note au D.C., 1943.111 ; E.-S. de la MARNIÈRE, note au D. 1959.157 : « Le refus à tout autre que le mari de la mère de rapporter la preuve contraire... constitue un véritable contresens dans la société moderne. »

(55) D. 60.738, note HOLLEAUX. V. encore : Cass. civ., 14 mars 1961, J.C.P., 61.12125, G.P., 61.2.40 ; Cass. civ., 26 janv. 1965, J.C.P., 65.14455, D. 65.212, note LINDON.

2. — *L'admission de tous les modes de preuve.*

Avant l'arrêt fondamental de la cour de Cassation du 20 juillet 1921, la jurisprudence, lorsqu'elle admettait le désaveu préventif, exigeait du demandeur qu'il se place dans le cadre des articles 312, 313 ou 314. Aucun plaideur n'avait même essayé de se dispenser de cette condition de fond (56). Le recel n'était pas difficile à démontrer. Toutes les décisions n'invoquaient d'ailleurs pas l'article 325. Mais précisément, comme l'avait fait remarquer M. R. Savatier (57), cette solution était anormale. « Du moment que la jurisprudence persistait à admettre cette action préventive, il n'était guère logique, en raison pure, de la soumettre aux restrictions des articles 312 et suivants puisque le cas où elle s'exerce est précisément celui où l'article 325 permet sans condition de démontrer la non-paternité du mari de la mère. »

La Cour de cassation, en 1921 (58), a fait de l'article 325 un cas particulier, autonome, de désaveu issu d'une action en réclamation d'état. Les dispositions des articles 312 et 313 sont inapplicables (59). Le mystère qui avait entouré la naissance justifie en fait l'absence de toute restriction concernant la preuve. La vérité surgira aisément du débat (60). Le mari démontrera par tous les moyens qu'il n'est pas le père de l'enfant sans avoir besoin d'établir obligatoirement l'éloignement, le recel... Ainsi pourra-t-il recourir directement à une analyse sanguine.

Le champ d'application de l'article 325 est considérablement élargi. Le mari qui a des doutes sérieux sur sa paternité mais sait qu'il ne pourra pas utiliser les articles 312 et 313, dispose maintenant d'une procédure tout à fait adéquate. Il lui suffit, à condition d'être averti immédiatement de la naissance, de ne pas déclarer à l'état civil l'origine de l'enfant. Il pourra alors ultérieurement prouver la maternité de son épouse, puis par tous moyens sa non-paternité. La portée de l'arrêt de 1921 n'a peut-être pas assez été envisagée sous cet angle.

(56) Cass. Req., 4 févr. 1851, D.P., 51.1.117 ; Paris, 4 juill. 1853, D.P., 53.2.202 ; Cass. Req., 14 févr. 1854, précité ; Cass. Req., 9 mai 1864, D.P., 64.1.409 ; Lyon, 21 janv. 1886, D.P., 87.2.1, note FLURER.

(57) D.P., 1921.235.

(58) Civ., 20 juill. 1921, D. 21.235, note R. SAVATIER.

(59) *Contra*, après 1921 : Trib. civ. Dijon, 31 oct. 1932, D.H., 33, Somm. 25 ; Trib. civ. Chartres, 5 nov. 1942, D.C., 44.103.

(60) A titre d'exemple, citons le jugement du tribunal civil de la Seine du 5 janvier 1949, D. 49.597. Un enfant était né 10 ans après l'abandon du foyer conjugal par le mari. Il avait été reconnu par un tiers qui devait épouser la mère, sa concubine, une fois celle-ci divorcée. Une légitimation *post nuptias* consacrant la vraie filiation n'était possible qu'après le désaveu de l'enfant. Le mari étant décédé 16 ans après la naissance, son héritière intenta un désaveu préventif, seul moyen de concilier les intérêts de tous. La mère et le tuteur *ad hoc* s'en remettaient d'ailleurs à la justice...

Il est au pouvoir du mari, pour peu qu'il ait pris soin de consulter un homme de loi avant la naissance, de proposer toutes les présomptions pour écarter sa paternité. Les limites actuelles du désaveu peuvent ainsi être aisément tournées. L'article 325, moyen extrêmement efficace de faire apparaître la vérité biologique devrait jouer dans l'avenir un rôle de premier plan.

Faire établir en justice une maternité ou une paternité légitime est aujourd'hui une entreprise aisée à la disposition des principaux intéressés. Le souci de la vérité est la seule préoccupation guidant les magistrats lorsqu'ils proclament une filiation maternelle. Elle s'estompe en revanche largement dans le prononcé de la paternité. Deux obstacles s'y opposent : l'attribution au mari de tout enfant né de son épouse, autrement dit l'interdépendance des filiations maternelle et paternelle, et la magistrature domestique que ce « *pater familias* » est seul à pouvoir exercer. On a vu plusieurs décisions prononcer la paternité du mari après avoir démontré qu'elle était biologiquement improbable (61). A ce sujet, un arrêt de la cour de Paris de 1958 est particulièrement intéressant quand il affirme « qu'il n'y a aucun motif valable... de donner la préférence à de prétendus liens du sang... sur la paternité sagement et prudemment présumée de l'article 312 du Code civil » (62) ! La paternité n'exprimera la réalité biologique que si telle est la volonté du chef de famille. Le mari, mais lui seul, a reçu les plus grandes facilités pour mettre en harmonie situation de fait et situation de droit. Elles s'expliquent par l'absence de filiation légitime préexistante qui fait présumer le caractère adultérin de la maternité.

Au contraire, lorsque l'acte de naissance ou la possession d'état ont conféré à une personne la qualité d'enfant légitime, les apparences juridiques ainsi créées risquent d'être bien difficiles à bouleverser car il faut renverser la présomption de vérité qui y est nécessairement attachée. L'intérêt de la société est d'abord que tout individu puisse faire déclarer sa filiation légitime. Mais celui qui est en possession de cet état et qui le conteste doit, pour réussir, prouver que l'apparence et la réalité ne concordent pas. Il porte ainsi atteinte au crédit dont jouissent les deux modes normaux d'établissement de la filiation. Aussi notre Code a-t-il entouré de nombreuses précautions de telles actions.

(61) Paris, 12 juillet 1856, S. 56.2.588 ; Paris, 20 avril 1954, J.C.P., 54.8204, note MAZEAUD ; Paris, 27 févr. 1958, J.C.P., 58.10576. M. BOULBÈS écrira que cet arrêt « a la résonance d'un défi », *Mélanges Maury*, t. I, p. 75 (78) : « L'attribution de la nationalité française dans le cas où existe un conflit de paternité aggravé par un conflit de lois ».

(62) 27 févr. 1958, précit.

DEUXIEME PARTIE

VÉRITÉ ET CONTESTATION DE LA FILIATION LÉGITIME

Un enfant a été déclaré à l'état civil comme étant né de deux personnes mariées ou bien il jouit à leur égard d'une possession d'état certaine (1). Cette filiation revêt pour tous une autorité absolue. Personne ne pourrait prétendre qu'elle lui est inopposable. Elle n'est pas pour autant inattaquable, mais un recours à la justice sera nécessaire.

Dénier à quelqu'un son titre d'enfant légitime suppose que l'on conteste soit la réalité de sa filiation (il n'est pas né de telle ou telle personne), soit la qualité de sa filiation (il ne remplit pas les conditions pour être légitime).

L'ordre social sera d'autant plus gravement atteint que l'apparence est en contradiction avec la physiologie. Aussi le Code civil a-t-il sévèrement réglementé les actions ayant cet objet, préférant parfois le maintien de la situation existante à la révélation de la vérité. Tous les développements de cette seconde partie seront consacrés à ce problème. De son côté le droit pénal sanctionne sévèrement certains des faits à l'origine de la filiation fictive.

(1) Rappelons que nous avons envisagé, dans la première partie, l'hypothèse où la contestation de maternité ou de paternité vient se greffer sur une recherche judiciaire de maternité légitime.

LA CONTESTATION DE LEGITIMITE

L'objet de la contestation de légitimité est plus limité. L'enfant est sans doute bien né de tel homme et de telle femme, mais il n'a pas droit à la *qualité* de fils ou fille légitime. Le demandeur propose de démontrer que l'enfant a été conçu et est né avant le mariage de ses parents, que ses deux auteurs n'ont jamais été mariés, que leur mariage a été annulé ou est annulable sans que la théorie du mariage putatif puisse être invoquée.

Tout intéressé peut intenter l'action (2) à n'importe quel moment. Différentes raisons font admettre largement l'ouverture de cette action. Tout d'abord les moyens de preuve de la contestation de légitimité sont beaucoup plus sûrs que ceux utilisés à propos de l'action en désaveu. Discuter la filiation est beaucoup plus difficile que discuter la légitimité et suppose connues les circonstances de la conception ou de la grossesse, mettant ainsi en cause l'intimité du couple. Par ailleurs, il ne s'agit nullement de porter atteinte à la famille légitime, il s'agit seulement de dévoiler une fraude que le législateur n'a bien évidemment jamais voulu encourager. Pour une raison identique, l'article 322 C. civ. serait inapplicable. Son but est d'empêcher la contestation d'un fait qui est déjà prouvé de deux manières. C'est la dualité de preuves qui justifie cette disposition. Mais l'acte de naissance ou la possession d'état, s'ils créent la filiation, ne créent aucunement la légitimité (3). Il n'y a aucune raison de faire jouer ici cet article. La faculté pour tout intéressé de dévoiler la vérité rend ainsi difficile le maintien prolongé de la supercherie.

La supercherie est plus grave lorsque son but est de créer de toutes pièces une filiation qui n'existe pas. Ce ne sont pas seulement les règles — nécessairement artificielles — édictées par le législateur pour définir la légitimité qui sont tournées. C'est le rapport physiologique sur lequel venait se greffer le rapport juridique qui est inventé.

La gravité de l'usurpation devrait *a priori*, semble-t-il, rendre très aisée toute action en justice destinée à la sanctionner. Mais le scandale qui en résulte est tel que le risque de le déclencher ne peut être pris à la légère. Il faut que la filiation soit dès l'abord suspecte pour qu'elle puisse être anéantie. Aussi les rédacteurs du Code posèrent-ils

(2) La doctrine est unanime, PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 738 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 545 *bis*, note 47 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1722 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n° 144 ; MAZEAUD, t. I, n° 915 ; LEVASSEUR, J. Cl. Civ., art. 312-330, 4^e fasc., n° 14.

(3) Agen, 19 janv. 1864, D. 65.2.16 ; Aix, 11 déc. 1933, S. 36.2.57, note NAST ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 750 ; AUBRY-RAU, § 544 *bis*, note 22.

devant l'action en contestation un certain nombre de limites qui, dans leur esprit n'étaient que de sages précautions dictées par un souci de vérité. Or ces précautions apparaissent aujourd'hui davantage comme des obstacles qui, bien souvent, empêchent la manifestation de la vérité au lieu de la favoriser.

Ces entraves, peu nombreuses en matière de contestation de maternité parce que même en 1804 la réalité était assez facile à connaître, sont au contraire beaucoup plus gênantes en matière de contestation de paternité. Non seulement la vérité est plus malaisée à percevoir, mais elle est aussi moins souhaitable à cause de l'adultère qu'elle révèle. La discussion en Justice d'une paternité suscitera plus de réserves car le seul problème n'est plus de savoir si la vérité peut être connue, il s'agit aussi de déterminer dans quelle mesure notre Droit veut la vérité.

PREMIERE SOUS-PARTIE

Les obstacles à la vérité dans la contestation de la maternité

Le Droit français n'a posé devant la contestation de maternité qu'un seul obstacle : l'article 322 C. civ. Lorsque la possession d'état de l'enfant coïncide avec son acte de naissance, personne ne peut remettre en question sa filiation maternelle. Il serait tout à fait extraordinaire qu'une femme ait pu tromper à la fois l'officier d'état civil et (surtout) le public. Une grossesse et un accouchement sont des faits objectifs qui ne peuvent pas passer inaperçus. Seul le désaccord entre ces deux modes de preuve permet de suspecter la maternité et autorise la contestation. Le but de l'article 322 est donc (*a priori*) de favoriser la vérité : si les conditions qu'il pose sont remplies, la maternité a toutes les chances d'être exacte et l'action en contestation serait très certainement mal fondée.

Mais si l'obstacle résultant de l'article 322 est levé, la contestation d'état est alors très largement ouverte. Le contraste est frappant entre la sévérité de la fin de non-recevoir et les grandes facilités ensuite accordées aux demandeurs. Il est vrai qu'aucune raison de politique familiale ne s'oppose à cette action. Si l'instance est couronnée de succès, l'ensemble de la filiation légitime disparaîtra puisque la paternité est un effet réflexe de la maternité. La filiation adultérine ne peut apparaître par ce moyen. Or le souci de ne pas révéler une filiation adultérine est, d'une manière générale et plus spécialement en matière de désaveu de paternité, une des raisons majeures s'opposant à la manifestation de la vérité. Cet obstacle n'existe pas lorsque c'est la maternité légitime qui est attaquée.

CHAPITRE PREMIER

La fin de non-recevoir de l'article 322, C. civ.

L'article 322 alinéa 2 dispose « Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. » Personne, pas même l'enfant, ne peut chercher à modifier cette filiation, serait-ce par le moyen détourné d'une action en réclamation d'état (art. 322 al. 1^{er}).

La simple apparence renverse la charge de la preuve. L'apparence jointe au titre empêche toute preuve contraire. Et cependant ni l'acte de naissance, ni la possession d'état ne donnent une certitude absolue de vérité. L'article 322 est fondé sur deux présomptions, très fortes certes, mais qui ne peuvent malgré tout conférer à la filiation qu'un certain degré de vraisemblance. Leur réunion rend la maternité très probable, elle n'exclut nullement son impossibilité. Toutefois, il est incontestable en fait que la situation juridique est la plupart du temps l'image même de la vérité : la mère a effectivement mis au monde l'enfant qu'elle élève. La loi protègerait mal l'immense majorité des familles si elle autorisait alors une contestation qui a peu de chances d'être sérieuse.

Mais est-ce bien là le véritable fondement de l'article 322 ? N'est-ce pas plutôt que l'individu qui peut se placer à l'abri de cet article est vraiment devenu un membre de la famille légitime grâce à la volonté de ses parents jointe à la situation apparente qu'ils ont su créer ? L'article 322 édicterait alors une règle de fond sous couvert d'une fin de non-recevoir. En effet, fonder le refus de l'action sur le désir de ne pas troubler l'ordre familial ne rend pas exactement compte de la situation puisque l'action en justice est admise quand elle s'attaque à l'existence de l'acte de naissance ou de la possession d'état. Or

une telle action, même si elle doit échouer, trouble, elle aussi, l'harmonie familiale.

Le fondement réel de l'article 322 réside peut-être dans le sentiment que la vérité serait indésirable quand elle irait contre les apparences particulièrement affirmées d'un acte de naissance renforcé par une possession d'état. On peut pourtant se demander si, même dans cette hypothèse, la dissimulation de la vérité est bien la solution idéale. M. le substitut Piedelièvre ne le pensait pas, qui, dans l'affaire Godeville-Blanchet (1), qualifiait l'article 322 de « monument archaïque... qui ne se comprend plus guère à notre époque réaliste et pratique ».

Le juge devant lequel une filiation légitime est critiquée ne peut déclarer la demande irrecevable que s'il a préalablement vérifié l'existence d'une possession d'état conforme au titre de filiation. C'est la condition même de l'article 322. Mais il ne doit pas déborder cette mission de vérification formelle pour essayer de savoir si la femme a ou n'a pas accouché. En d'autres termes il recherche si l'acte de naissance peut faire preuve de la filiation et si la possession d'état est suffisamment caractérisée pour prouver elle aussi le même lien de parenté. Son rôle est le même que lorsqu'on veut établir devant lui une filiation au moyen de l'un seulement de ces deux modes de preuve. Nous avons vu qu'à ce moment, lors de l'établissement d'une filiation, aucune recherche de la vérité ne peut être entreprise (2). Elle n'apparaîtrait que si une contestation était élevée. Et justement dans le cas visé par l'article 322, on interdit cette contestation.

Pratiquement, c'est l'existence de la possession d'état qui sera discutée. Il serait inexact cependant de dire que la conformité de la possession d'état avec le réel, (c'est-à-dire sa vérité) est sans importance pour rétablir son existence. On sait en effet qu'il convient de s'attacher particulièrement à la croyance en la maternité existant dans la famille et dans son entourage. Or, si la femme n'a par exemple jamais accouché, il est probable qu'un certain nombre de personnes la connaissant bien seront au courant de la supposition de part. Du moins des rumeurs s'élèveront, le doute naîtra, et la croyance en la maternité sera ébranlée. Par conséquent la possession d'état risque de ne plus être certaine. L'enquête ordonnée devra porter sur l'opinion couramment répandue parmi les membres de la famille ou les amis proches, et non pas sur les faits servant de base à cette croyance (3).

(1) Trib. civ. Seine, 25 juill. 1913, G.P., 14.1.36. V. aussi BEUDANT-BRETON, t. III, n° 988 : « cette règle est manifestement de droit arbitraire ».

(2) Voir *infra*, pp. 49 et s.

(3) Voir à ce sujet l'affaire Godeville-Blanchet, Trib. civ. Seine, 25 juill. 1913, G.P., 14.1.36 ; Paris, 12 juin 1914 ; Cass. Req., 9 juin 1915, D. 16.1.237 ;

En réalité, comme l'a fort bien montré M. Holleaux (4), « la preuve de la notoriété de certaines circonstances propres à faire croire à la non-maternité de la mère apparente, amènera toujours, ne fut-ce que pour colorer cette créance et la distinguer d'une imagination sans consistance, à proposer la preuve des motifs de crédibilité, des raisons de croire à une supposition de part — ce qui est singulièrement proche de la preuve de la non-maternité elle-même ».

Nous avons surtout raisonné jusqu'ici sur la supposition d'enfant qui nécessite la démonstration du défaut d'accouchement (5). Mais l'article 322 risque aussi de s'opposer à ce qu'une fraude d'un autre ordre ne soit déjouée : la substitution d'enfant. C'est le second élément de la filiation : l'identité qui est alors en cause. Peut-on soutenir que l'acte de naissance et la possession d'état ne s'appliquent pas au même individu ?

La question semble devoir trouver un regain d'actualité depuis que la plupart des accouchements s'effectuent en clinique. Une confusion entre les nouveaux-nés est possible et les précautions prises (6) sont loin d'être inutiles : elles rassurent psychologiquement les mères, et si les accidents de substitution d'enfants sont exceptionnels, ils peuvent néanmoins se produire. On se souvient de l'affaire Wahl-Piesset, jugée par le tribunal de Lille en 1955 et qui avait été alors largement commentée par la presse. Mme Piesset et Mme Wahl accouchent à la maternité de Roubaix à deux heures d'intervalle. La sage-femme annonce à l'une un garçon, et à l'autre une fille. Les actes de naissance sont établis en ce sens. Mais, mises en présence de leur enfant, Mme Piesset constate que le sien est du sexe féminin, et Mme Wahl que le sien est du sexe masculin. Toutes les deux élèvent l'enfant qui leur a été confié.

Quatre ans plus tard, Mme Wahl assigne les époux Piesset afin que soit judiciairement constatée la substitution. Les défendeurs, qui désirent à tout prix conserver « leur » fille, font plaider l'irrecevabilité de la demande en s'appuyant sur l'article 322.

Leur prétention fut rejetée à juste titre par le tribunal civil de Lille le 10 mars 1955 (7). Dès la sortie de clinique en effet, « des doutes sérieux se sont élevés sur la filiation de l'enfant ». Les autorités administratives et judiciaires ordonnèrent une analyse sanguine

Trib. civ. Seine, 3 mars 1921, G.P., 21.1441, Paris, 22 nov. 1922, S. 23.233, note DEMOGUE ; Cass. civ., 22 juin 1926, D.H., 26.501.

(4) D.C., 1942.85.

(5) Pour un exemple concret de supposition d'enfant, V. CEILLIER, in *Annales de médecine légale*, 1947, p. 134. La femme en « inventant » cet enfant, espérait se faire épouser plus facilement.

(6) V. *infra*, p. 59.

(7) G.P., 55.1.358.

des enfants et des parents. L'idée d'un échange des nouveaux-nés s'accrédita tant chez les époux Wahl que dans le personnel de la clinique. Quant aux époux Piesset désireux au contraire de conserver à tout prix la petite fille qui leur avait été confiée, ils firent modifier dans son acte de naissance le prénom et le sexe de manière à ce que, au moins du point de vue administratif, les indications officielles correspondent au sexe de l'enfant qu'ils élevaient.

En fait, il est bien certain que dans cette affaire l'article 322 ne s'opposait pas à la manifestation de la vérité. La possession d'état des deux enfants n'avait pas été « continue, paisible et non équivoque ». Au surplus, pour l'enfant Piesset, il n'y avait pas conformité entre sa possession d'état et son acte de naissance *originaire*.

Mais qu'aurait fait le tribunal si la substitution n'avait été découverte par hasard que bien longtemps après la naissance ? (8).

Sans doute est-il logique d'autoriser la contestation de l'identité si l'on estime que l'acte de naissance ne résout que la question de l'accouchement de la mère (9). Ce que l'article 322 a voulu interdire, c'est la contestation d'un fait qui serait prouvé de deux manières différentes. Or le seul élément commun pouvant être prouvé *à la fois* par le titre de naissance et la possession d'état est, dans cette perspective, l'accouchement de la mère. Quant à l'identité de l'enfant, elle résulte d'une seule de ces deux sources : la possession d'état.

Si l'on admet au contraire, comme nous l'avons fait, que l'acte de naissance ou la possession d'état pris isolément font preuve complète de la filiation, mettre en cause l'identité de l'individu est alors contester une filiation déjà établie, dans ses deux éléments, par deux moyens convergents. L'article 322 semble s'opposer alors à la manifestation de la vérité.

Toutefois une distinction est nécessaire, qui repose sur le texte même de cet article 322. « Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à *son* (10) titre de naissance ». Lorsque la substitution a eu lieu avant la rédaction de l'acte de naissance, les deux modes de preuve de la filiation s'appliquent au même individu. Mais si la substitution a été réalisée seulement après que l'officier d'état civil ait dressé la pièce officielle, celle-ci s'applique à l'individu né de la mère, et la possession d'état concerne un autre enfant : celui qui a pris place au sein de la famille. Le demandeur peut alors établir que l'enfant n'a pas une possession conforme à *son* titre de naissance

(8) Plusieurs décisions ont admis la possibilité de contester l'identité de l'enfant : Orléans, 8 juill. 1875, S. 75.2.268 ; Trib. civ. Seine, 31 juill. 1890, D. 91.2.129.

(9) Cf., par exemple, MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 851.

(10) C'est nous qui soulignons.

(11). Certes, cette distinction est humainement arbitraire. Mais elle présente du moins l'avantage de réduire la portée de l'article 322.

Ainsi, cette disposition imposerait aujourd'hui une entorse à la vérité dans deux cas : la supposition d'enfant et la substitution antérieure à la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant. Dans ces deux hypothèses, cet article oblige tout le monde à se contenter d'une conformité apparente entre les deux modes de preuve extra-judiciaires de la filiation. Ces deux entorses sont-elles bien nécessaires ? Le but poursuivi est la paix des familles. Or cette paix risque de devenir un leurre à partir du moment où un des membres de la famille apprendra qu'il n'en est pas issu mais se verra interdire le droit d'en sortir. Pour tout individu, la recherche de ses origines est un mobile trop puissant pour être tenu en échec par une règle juridique. Si le soupçon est né, le législateur est impuissant à enrayer les efforts qui seront déployés pour connaître la vérité. Il évitera simplement que le scandale ne soit officiellement constaté. La querelle ne sera pas publiquement dévoilée, mais la dissension n'en existera pas moins. Imposer à quelqu'un un état qui n'est pas le sien est une décision trop grave pour être tranchée par voie autoritaire et générale.

En pratique cependant la portée de l'article 322 est faible. Ou bien la supposition, la substitution d'enfant a été réalisée imparfaitement : une partie du public aura alors senti la supercherie ou l'erreur, et la possession d'état d'enfant légitime ne remplira pas les conditions voulues par la loi. Ou bien personne n'aura rien deviné et il y a peu de chances pour que les parents désirent faire constater leur mensonge ou découvrent subitement les éléments de fait établissant l'erreur.

Quoi qu'il en soit, en droit positif, les particuliers peuvent aujourd'hui par leur seule volonté établir une fausse filiation légitime (12). Mais ils ne sont pas toujours libres de la contester pour la remplacer

(11) Admettent la distinction : COLIN-CAPITANT, t. I, n° 1254 ; MAZEAUD, t. I, 2° vol, n° 851 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 544 *bis*, n° 21 ; DEMOLOMBE, t. V, n° 222.

Contra : PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 750 ; HOLLEAUX, note au D.C., 1942.85, qui déclare cette distinction contestable. Pour ces deux auteurs, toute contestation de l'identité serait impossible. Contre cette dernière proposition, COSNARD, note au D. 1957.602.

L'art. 487 de l'avant-projet de réforme du Code civil prévoit : « Au cas où serait établie la supposition ou la substitution même involontaire de l'enfant, qu'elle fût antérieure ou postérieure à la rédaction de l'acte de naissance, la filiation de l'enfant peut être prouvée par témoins dans les conditions fixées par les articles 487, alinéa 2, à 489. »

(12) Les poursuites pénales (art. 147 C.P.) susceptibles d'être engagées contre eux pour faux en écritures publiques sont suspendues à la solution rendue par les juges civils. Dans l'hypothèse de l'article 322, les magistrats doivent rejeter l'action en contestation : la condamnation pénale ne pourra donc pas intervenir.

par une autre. Dans une action en contestation de filiation, le rôle du tribunal est double : s'assurer d'abord que le particulier n'a pas un titre de naissance conforme à sa possession d'état, contrôler ensuite le bien-fondé de la demande et faire rectifier éventuellement l'acte d'état civil.

CHAPITRE II

L'exercice de l'action en contestation.

La faveur du législateur pour la filiation légitime ne va pas jusqu'à encourager des maternités frauduleuses sous prétexte que l'enfant bénéficierait ainsi d'un état souhaitable. Sans doute le législateur a-t-il fait parfois subir à la vérité des entorses graves afin d'intégrer l'enfant dans un groupe familial légitime complet. Mais encore faut-il cependant que l'« élément moteur » de la légitimité, c'est-à-dire la maternité, corresponde à la réalité. Si la paternité peut n'être qu'une question de droit, il est indispensable que la maternité au moins soit essentiellement une question de fait ! De plus la contestation de maternité, à la différence du désaveu, ne porte pas atteinte à l'unité du groupe familial puisqu'elle a pour effet en cas de succès — nous l'avons dit — d'en exclure un membre complètement et non partiellement. L'exercice de l'action en contestation ne doit donc pas logiquement se heurter à des obstacles trop nombreux. En pratique, l'action en contestation de maternité sera exercée lorsque la filiation maternelle indiquée dans l'acte de naissance ne reflètera pas la vérité (et à condition bien sûr que l'article 322 soit inapplicable).

La demande peut être intentée par tout intéressé estimant la doctrine et la Jurisprudence (1). Aucun texte en effet n'en réserve l'exercice à certaines personnes. Le litige peut donc être introduit par l'enfant, par sa mère légale (2), par les héritiers de celle-ci privés de la perspective d'un héritage (3)...

(1) AUBRY et RAU, t. IX, § 544 *bis*, texte 12 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 768 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2° vol., n° 151 ; MAZEAUD, t. I, 2° vol., n° 866 ; CARBONNIER, t. II, n° 75.

(2) Aix, 25 nov. 1940, D.C., 42.85, note HOLLEAUX ; Poitiers, 19 oct. 1955, D. 57.602, note COSNARD.

(3) Affaire Godeville-Blanchet, Trib. civ. Seine, 31 mars 1921, G.P., 21.1.441 ; Paris, 22 nov. 1922, S. 23.2.33, note DEMOGUE ; Cass. civ., 22 juin 1926, D.H., 26.501.

Le seul problème est celui des modes de preuve à utiliser : le demandeur peut-il directement recourir aux témoignages ou doit-il commencer par produire un commencement de preuve par écrit ou des indices dès lors constants » (art. 323 C. civ.) ? Doctrine et jurisprudence sont divisées sur ce point (4). A vrai dire l'exigence d'un adminicule n'est pas commandée par les textes : l'article 323 ne vise que la preuve positive du lien de filiation. Mais on a fait remarquer (5) que le danger de subornation de témoins est le même, qu'il s'agisse d'établir ou de contester une maternité légitime : l'apparence est contre celui qui agit en justice. On peut cependant répondre que la divergence entre l'acte de naissance (6) et la possession d'état, sans rendre vraisemblables les prétentions du demandeur, évite du moins des actions purement téméraires. La contestation n'est pas plus suspecte que la filiation elle-même. Dès lors c'est peut-être en fonction des grandes idées dominant le Droit de la filiation qu'il faudra se décider : respect des apparences et des situations acquises ou triomphe de la vérité, risque de susciter des actions téméraires ou risque d'écarter de la vie juridique la véritable filiation.

Une fois résolu le problème des conditions de recevabilité de l'action, la preuve de l'usurpation ou de l'erreur concernant la maternité pourra se faire non seulement par témoins, mais aussi par expertise scientifique : examen des sangs (7), analyse des signes cliniques consécutifs à un accouchement (8).

En jurisprudence les actions en contestation de maternité sont rares : quatre espèces seulement semblent avoir été rapportées au cours du *xx*^e siècle. Une seule d'entre elles fut d'ailleurs repoussée sur la base de l'article 322 (9). Cette rareté s'explique à la fois par les précautions prises dans les maternités afin d'éviter les substitutions

(4) Pour la liberté de la preuve : MARTY-RAYNAUD, t. I, n° 469 ; Aix, 25 nov. 1940, D.C., 42.85, note HOLLEAUX ; Paris, 22 nov. 1922 et Cass. civ., 22 juin 1926, précités (mais ce point ne faisait pas l'objet du pourvoi et de plus certaines pièces écrites venaient corroborer les dépositions des témoins).

Pour l'application de l'art. 323 : RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1713 ; MAZEAUD, t. I, 2^e vol. n° 866 ; CARBONNIER, t. I, n° 162 ; Poitiers, 19 oct. 1955, D. 57.602, note COSNARD.

(5) MAZEAUD et COSNARD, précités.

(6) Qui, rappelons-le, n'offre aucune garantie de véracité.

(7) A condition d'être certain de la paternité. « Théoriquement, et en appliquant les calculs de Wiener, les groupes sanguins permettent de résoudre le problème de l'appartenance réelle de l'enfant dans 71 à 74 % des cas », CHRISTIAENS, « La recherche de paternité par les groupes sanguins », 1939, p. 28.

(8) Dans le cas de supposition d'enfant seulement. Certains signes d'un accouchement subsistent longtemps, notamment l'ouverture du col utérin et les vergetures. SIMONIN, « Médecine légale », p. 454 ; DESMAREZ, « Manuel de médecine légale », p. 394.

(9) Paris, 19 oct. 1955, précité.

(10) et par la difficulté pour un couple de se « procurer » un nouveau-né. Au surplus, il est malaisé de simuler une naissance.

La paternité au contraire reste un fait secret. C'est pourquoi le Code civil a institué une présomption pour tenir lieu de preuve. C'est pourquoi aussi les contestations de paternité seront plus nombreuses.

(10) Voir *supra*, pp. 56 et suiv.

DEUXIEME SOUS-PARTIE

Les obstacles à la vérité dans la discussion de la paternité

Le législateur français a souhaité que le bénéfice de la légitimité soit très largement accordé aux enfants nés d'une femme qui est ou qui a été mariée. En contrepartie, il serait logique que cette situation de faveur puisse être facilement contestée puisque l'on sait au départ que le critère pour l'application de la présomption de paternité légitime est particulièrement large.

C'est effectivement la solution adoptée lorsque l'enfant a été conçu à un moment où le mariage de ses parents n'existait plus. La contestation est alors ouverte à tous les intéressés, sans limitation de preuve.

Sans doute la non-paternité peut-elle être tout aussi flagrante dans des cas où juridiquement le mariage subsiste (les époux étaient séparés de fait ou en instance de divorce). Mais même si la présomption de paternité peut alors être assez facile à renverser, elle ne peut l'être que par le mari. L'adultérinité d'un enfant serait-elle évidente et reconnue par la mère, un tribunal ne peut en tirer aucune conséquence aussi longtemps qu'officiellement l'enfant reste légitime (1).

C'est sur ce point — la plus ou moins large ouverture de l'action — que se marque une des différences fondamentales entre la contestation et le désaveu de paternité, les deux divisions de notre sous-partie.

(1) Cass. civ. 23 mai 1967, Bull. Cass., 67.I, n° 179, p. 130.

TITRE PREMIER

LA VERITE *DANS LE DESAVEU DE PATERNITE*

Nous avons montré au début de notre première partie, que l'article 312 est une règle de fond plus qu'une règle de preuve. Si la vérité est dissimulée, ce n'est pas parce que l'illégitimité serait difficile à établir, mais parce que la légitimité est un état souhaitable que l'on désire voir subsister.

On comprend donc que le désaveu de paternité ne se situe pas, lui non plus, sur le seul terrain de la preuve. Certes, les rédacteurs du Code avaient voulu « ces exceptions introduites par les précautions de la sagesse et consacrées par les résultats de l'expérience » (1). Mais le désir de préserver l'unité de la famille, d'éviter des actions téméraires ou tardives qui nuiraient malencontreusement à son repos, explique que l'adultérinité de l'enfant ne puisse pas toujours être établie, et par tous moyens.

La vérité se trouvera donc limitée à la fois par des conditions de recevabilité très précises imposées au demandeur dans l'exercice de son action, et par les précautions dont on entoure l'utilisation de certains procédés techniques de preuve.

(1) Cambacérès cité par LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 33.

SOUS-TITRE PREMIER

LA VERITE ET L'EXERCICE DE L'ACTION EN DESAVEU

En instituant pour l'exercice du désaveu de paternité des conditions très strictes, les rédacteurs du Code civil n'avaient pas eu pour but premier le maintien de situations fictives. Leur objectif était de préserver la famille légitime et son unité. La dissimulation de la vérité n'était qu'une conséquence de l'application d'un principe supérieur. Aujourd'hui, la hiérarchie des valeurs n'est plus la même, surtout depuis que le législateur a autorisé à la fois le remariage de la mère avec le complice de l'adultère et la légitimation des enfants désavoués par le premier mari. Les textes régissant le désaveu n'ont pas été parallèlement modifiés, ils apparaissent à certains égards mal adaptés. On ne s'étonnera donc pas de voir les tribunaux s'efforcer d'harmoniser les situations de fait et les situations de droit, autant par souci de la vérité biologique que par intérêt pour l'enfant.

Actuellement l'exercice de l'action en désaveu est limité de deux manières. D'une part, le mari doit agir rapidement dans les quelques mois qui suivent la naissance : le désir d'éviter à la femme la permanence d'une menace, et à l'enfant le trouble psychique profond que représente la conscience d'un changement d'état, explique la mise à l'écart de la vérité biologique. D'autre part, la prétention du mari doit être étayée par certaines présomptions déterminées qui rendent suspecte la filiation paternelle de l'enfant : la crainte de l'erreur... ou la crainte de la vérité empêche la production immédiate de n'importe quelle preuve.

CHAPITRE PREMIER

La rigueur des délais d'exercice de l'action.

Toutes les actions en justice sont prescrites en principe à l'expiration d'un délai de 30 ans. Et si au cours de cette période, le titulaire du droit manifeste dans les formes voulues son intention de l'exercer, la prescription est interrompue, un nouveau délai de 30 ans recommence à courir.

Si le droit de la famille légitime reposait fondamentalement sur un souci de vérité, ces règles devraient trouver ici leur application. Bien plus, l'action devrait même être imprescriptible. Certes, le mari aurait d'autant plus de mal à rassembler les preuves de sa non-paternité que l'on s'éloignerait de la date de la naissance. Néanmoins, son droit subsisterait (à condition encore qu'il n'y ait tacitement renoncé).

Mais ces règles générales furent écartées : le désaveu de paternité, à la différence de l'action en réclamation d'état (article 328 C. civ.) est enfermé dans des délais très stricts. Le mari qui n'agit pas très rapidement en justice « est raisonnablement supposé, disait Duveyrier (1), n'avoir pas reçu d'offense, ou l'avoir pardonnée; et dans tous les cas, la loi comme la raison préfère le pardon à la vengeance » et nous pourrions ajouter, l'apparence à la réalité. Le formalisme assure la sécurité en fixant la vérité du moment — elle ne pourra être remise en question — et en créant même parfois une vérité juridique qui n'a jamais correspondu à la réalité. Les délais ainsi fixés au demandeur à l'action en désaveu sont prévus par les articles 316 et 317 C. civ.

(1) LOCRÉ, « La législation... de la France », t. IV, p. 299.

Article 316. « Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant;

Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent;

Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant. »

Article 317. « Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. »

Une fois ces délais expirés, l'état de l'enfant est définitivement acquis (sous réserve d'une action portant sur la maternité de l'épouse).

Quant au fondement de ces prescriptions légales, il convient de remarquer que la stabilité de l'état de l'enfant, pas plus que le désir d'une famille vraie, ne peut à lui seul les expliquer. Dans certains cas en effet, le délai imparti au demandeur pour effectuer sa réclamation ne commence à courir que postérieurement à la naissance.

Il faudra attendre la découverte du recel ou le retour du mari. Il sera parfois difficile de retrouver la trace de ce conjoint qui, séparé de fait de son épouse, n'a pas jugé utile de l'informer de ses changements de résidence. Et pendant toute cette période, l'enfant restera légitime.

D'autre part, il est un cas de désaveu qui n'est soumis à aucun délai : c'est celui du désaveu préventif.

L'ABSENCE DE DELAI EN MATIERE DE DESAVEU PREVENTIF

L'orqu'un enfant a été inscrit à l'état civil sous un faux nom, ou bien a été déclaré comme né des parents non dénommés, il peut (2) intenter une action en réclamation d'état (art. 323 C. civ.). Cette action peut être introduite à tout moment. Le mari, qui se trouve dans la position de défendeur, résistera à cette demande en prouvant par tous moyens (art. 325 C. civ.) qu'il n'est pas le père de cet enfant. Le désaveu prend alors la forme d'une exception. La date à laquelle il intervient dépend donc du moment où l'action a elle-même été introduite.

(2) Etant arrivé à l'âge de la majorité ou encore par l'intermédiaire de sa mère lorsqu'il est mineur.

Cette situation, normale, était commandée par les textes. Mais la jurisprudence a donné à l'article 325 un champ d'application nouveau en autorisant son jeu à l'appui, non plus d'une exception, mais d'une action (3). Ce « désaveu préventif » étant fondé selon la cour de Cassation sur l'article 325 C. civ., il lui emprunte tous ses caractères : la preuve par tous moyens est admise, les délais des articles 316 et 317 ne jouent pas.

En bonne logique, ces deux conséquences ne s'imposaient pas avec la même force. On comprend que la suspicion qui entoure la naissance ait pour corollaire une admission plus large des moyens de preuve, que le mari agisse par voie d'action ou d'exception; mais comment justifier la suppression des délais (4) ? L'argument tiré du dépérissement des preuves explique sans doute que l'on permette au mari de prendre l'initiative. Mais il pourrait aussi expliquer qu'on lui impose d'agir rapidement. Il n'est d'ailleurs pas sûr que les facilités procédurales accordées au désaveu préventif favorisent toujours la manifestation de la vérité car le succès du désaveu préventif ne s'accompagne pas toujours d'un progrès de la vérité. Certes, lorsque aucun homme n'a reconnu l'enfant, l'action même tardive du mari présentera un avantage : elle proclamera au moins la véritable maternité de l'enfant. Mais nous savons que fréquemment l'amant de la mère a établi sa paternité naturelle. L'action du mari, en dévoilant juridiquement et conformément à la vérité l'identité de la mère, annihilera la reconnaissance paternelle pourtant conforme en général à la vérité. Ce qui est gagné pour la vérité d'un côté, est donc perdu de l'autre. Cependant il subsiste dans ce cas l'espoir d'une légitimation de l'enfant par le mariage de ses deux véritables auteurs.

Sur le plan des textes, l'article 316 pouvait être appliqué puisqu'il vise « les divers cas dans lesquels le mari est autorisé à réclamer » (5). De toute façon, le mari pourrait être déchu de son droit à agir, s'il avait, même tacitement, renoncé à en user.

La commission de réforme du Code civil a expressément prévu que les délais qu'elle fixait étaient applicables au désaveu préventif (art. 497 al. 2) (6).

(3) Cass. civ., 20 juill. 1921, D.P., 21.1.233, note R. SAVATIER, G.P., 21.2.411.

(4) L'arrêt de la chambre civile du 20 juillet 1921 ne contient aucune mention expresse de l'article 316. Il écarte simplement les articles 312 et 313.

(5) Les arrêts qui, avant 1921, admettaient le désaveu préventif (Cass. Req., 14 févr. 1854, D.P., 54.1.89 ; Cass. Req., 9 mai 1864, D.P., 64.1.409) avaient senti cette difficulté. Les uns déclaraient applicables les délais habituels : Cass. Req., 14 févr. 1854, précité. D'autres estimaient que l'article 325 C. civ. n'empêchait nullement le mari « de former l'action en désaveu aussitôt que le fait de l'accouchement lui avait été révélé », Paris, 4 juill. 1853, D.P., 53.2.202.

(6) Voir l'intervention de M. NIBOYET, Travaux de la commission, 1950-1951, p. 270.

Quoiqu'il en soit, cette faculté d'agir à tout moment dans un cas déterminé (7), illustre la relativité des fondements généralement accordés aux délais en matière de désaveu. Elle témoigne aussi de la difficulté de formuler les règles générales qui serviront le mieux la vérité sur un point donné. Lorsqu'un enfant naturel a été reconnu par un homme, le désaveu préventif du mari fera disparaître cette reconnaissance. L'enfant sera donc sans filiation paternelle. Ce résultat aurait pu être parfois évité en obligeant le mari à prendre parti rapidement.

Inversement, dans l'hypothèse générale que nous allons maintenant analyser : lorsque le nom de la mère légitime figure à l'acte de naissance, le souci de vérité conduirait à ne pas restreindre dans le temps l'action en désaveu du mari.

Cette question du délai a soulevé en jurisprudence trois sortes de difficultés : quel est son point de départ ? Peut-il être prorogé ? Qui peut invoquer son expiration ?

Nous les étudierons successivement.

SECTION I

LE POINT DE DEPART DES DELAIS

Techniquement, le point de départ du délai varie selon que l'action en désaveu est intentée par le mari ou par ses héritiers. Dans le premier cas, le délai commence à courir à la naissance de l'enfant, au retour du mari éloigné lors de l'accouchement, ou encore, si la venue au monde de l'enfant lui a été cachée, au moment de la découverte de la fraude (art. 316 C. civ.). Lorsque le mari est décédé, ses héritiers ne peuvent agir que si le droit de leur auteur n'est pas éteint, et si en principe l'enfant qu'ils désirent désavouer s'est mis en possession des biens du mari ou encore les a troublés dans leur possession depuis un certain temps (art. 317 C. civ.).

Mais dans les deux cas, le problème intéressant pour nous est de savoir si les tribunaux essayent systématiquement de reculer le point de départ du délai pour favoriser l'établissement de la vérité par le mari.

(7) Sans doute la situation est-elle alors bien spéciale. La famille n'est pas « normale ». On peut, de ce fait, avoir un plus grand souci de la vérité. Mais cet esprit n'est guère celui ayant animé la Cour de cassation dans son arrêt du 15 nov. 1960, lorsque dans une action en réclamation d'état d'enfant légitime, elle a réservé au seul mari le droit d'écarter la paternité découlant de l'art. 312.

§ 1. — Le point de départ du délai imparti au mari.

Les juges apprécient concrètement dans chaque espèce si le mari a pu avoir une connaissance effective du fait à partir duquel le délai commence à courir. C'est en partant de cette idée qu'ils ont pu aménager un régime spécial en faveur du mari qui ne jouit pas de toutes ses facultés mentales.

A. — LA CONNAISSANCE CERTAINE ET PERSONNELLE DE LA NAISSANCE.

La naissance de l'enfant doit avoir été indubitablement connue par le mari. « La démonstration de la certitude acquise par le mari de la naissance, s'impose absolument et... cette démonstration, pour être efficace, ne doit pas laisser place au doute » (8). Il ne suffit pas que mari ait eu des soupçons, et même qu'il les ait manifestés (8).

Ainsi lorsqu'un tiers se faisant l'interprète de la femme réclame au mari par écrit de l'argent pour un enfant que son épouse a mis au monde, on ne considère pas que cette lettre révèle au mari de manière certaine la naissance de l'enfant. Certes le mari en avait parlé à ses amis, mais en pensant que c'était un moyen de la part de sa femme, de lui extorquer l'argent (9).

Ainsi encore les juges n'estiment pas que l'existence de l'enfant a été « clairement et nécessairement » révélée au mari par la signification à son avoué d'un acte de procédure mentionnant expressément l'existence de l'enfant (10). Il en est de même si l'acte, bien que signifié personnellement, comprend des inexactitudes importantes (11).

En revanche, il n'est pas nécessaire que le mari ait connu les mentions de l'acte de naissance (12) de l'enfant. Juridiquement cette position sévère s'explique aisément : dans l'hypothèse qui nous intéresse ici et qui est celle d'un recel de naissance, l'alinéa 3 de l'article 316 C. civ. décide que le délai court à partir de la découverte de la

(8) Lyon, 21 févr. 1866, D.P., 87.2.1. Mais le délai ne peut jamais commencer à courir avant la naissance, Lyon, 14 févr. 1956, G.P., 56.1.294.

(9) Cass. Req., 12 févr. 1884, S. 84.1.228.

(10) Cass. civ., 21 avr. 1964, G.P., 64.2.74. (Une pension alimentaire avait été accordée à l'enfant au cours du jugement de divorce.) Cass. civ., 6 juin 1966, Bull. Cass., 66.I, p. 258, n° 339.

(11) Lyon, 2 déc. 1903, D. 06.2.328. Le jugement rendu par défaut faisait allusion à une fille (les autres enfants du couple étaient des garçons) en se trompant de 2 ans sur son âge.

(12) Cass. civ., 20 févr. 1957, G.P., 57.1.387 ; Cass. civ., 19 mars 1958, D. 58.336 ; Paris, 8 nov. 1962, D. 63.70. Voir aussi Colmar, 13 janv. 1960, D. 60, Somm. 53, et 21 févr. 1962, G.P., 62.1.399.

fraude. Or cette découverte est indépendante de l'état civil de l'enfant. La fraude existe quel que soit le contenu de l'acte de naissance. Mais pratiquement cette solution est fâcheuse. Si l'enfant a été déclaré sans indication de nom de parents, le mari pourra en effet intenter un désaveu préventif, sans aucune condition de délai.

Cette situation n'est cependant pas toujours sans remède. La cour de Cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer à quel moment le mari a exactement connu l'existence de l'enfant (13). C'est un point essentiel car les magistrats peuvent estimer, compte tenu des circonstances de la cause, que cette certitude n'a été acquise qu'au vu d'un extrait de naissance. A condition de ne pas ériger en principe cette exigence, leur décision n'en courra pas la censure de la Cour suprême.

La date à laquelle le mari a connu l'existence de l'enfant est donc capitale (14). Mais elle semble éclipsée par celle du retour du mari dans le cas de l'alinéa 2 de l'article 316. En réalité, il n'en est rien.

Un arrêt de la cour d'appel d'Angers du 20 mai 1953 (15) précise d'abord « qu'il s'agit dans l'esprit de la loi, non d'un simple retour sur le territoire métropolitain, mais d'un retour à proximité de l'enfant ». Pourquoi exiger ce rapprochement de lieu si ce n'est parce qu'il permet seul au mari d'apprendre l'existence de l'enfant ? Un arrêt de la Cour de cassation en 1955 (16) fut plus net encore : la date du retour ne sera pas prise en considération si, avant ce retour, le mari connaissait déjà la naissance de l'enfant. L'éloignement du mari recule le point de départ du délai parce qu'on présume qu'il ignorait la naissance. Si cette présomption est contredite par des données certaines, la date du retour n'exerce plus aucune influence. On voit donc bien que l'élément important pour fixer le point de départ du délai est le moment où le mari a été manifestement instruit de la naissance.

D'ailleurs, lorsque le mari se trouve sur les lieux de la naissance, il aura seulement un mois pour prendre parti (deux mois dans les autres cas). On présume qu'il a pu raisonnablement y apprendre

(13) Civ., 7 avr. 1908, D. 08.1.301. Les juges du fond doivent évidemment exposer les faits sur lesquels ils s'appuient pour affirmer que le mari a connu l'existence de la naissance. Cass. civ., 18 janv. 1967, Bull. Cass., 67.1.18.

(14) Cass. civ., 31 janv. 1967, D. 67.280.

M. P. LAGARDE estime que « les tribunaux peuvent ainsi disposer d'un moyen commode pour retarder le point de départ du délai » (« Remarques sur le délai de l'action en désaveu de paternité », *Mélanges Voirin*, pp. 492-500).

(15) J.C.P., 53.7785.

(16) Civ., 21 févr. 1955, J.C.P., 1955.9017, note WEILL. Voir aussi sur cette question, HOLLEAUX, note sous Cass. Req., 25 nov. 1946, D. 48.321.

l'événement (17). Mais la solution serait la même si le mari se trouvait dans une commune proche de celle du lieu de naissance (18), à moins que tout en habitant dans deux localités assez rapprochées, les époux n'aient plus eu aucune relation (si un jugement de séparation de corps a été rendu par exemple) (19).

Il est clair que les tribunaux font preuve dans leurs décisions d'un très grand souci du concret. Mais cette attitude favorise-t-elle l'apparition de la vérité ?

Elle la favorise sans doute dans la mesure où seule la *certitude* de la naissance, recherchée dans chaque espèce, déclenchera le mécanisme des délais. On pouvait craindre en effet que les tribunaux ne considèrent comme remplies les conditions de l'article 316 dès que le mari a pu, théoriquement, être mis au courant de l'accouchement par la rumeur publique, les allusions plus ou moins précises d'un tiers, etc.

Mais inversement on pouvait espérer que, pour permettre au mari de faire éclater la vérité le plus longtemps possible, les magistrats essaieraient de reculer systématiquement le point de départ du délai en exigeant par exemple la présentation de l'acte de naissance lorsque le mari était absent lors de l'accouchement, en s'en tenant toujours en cas d'éloignement à la date de son retour, en interprétant très strictement les mots « sur les lieux de la naissance »...

La jurisprudence n'a donc pas tout mis en œuvre pour faciliter, à propos de l'article 316, le désaveu et la manifestation de la vérité. Il est vrai qu'en faisant de la date de naissance le point de départ du délai l'article 316 manifestait déjà une tendance fort restrictive. La vérité aurait été révélée plus sûrement si, comme en droit allemand, le délai commençait à courir le jour où le titulaire de l'action apprend l'existence des faits plaidant en faveur de l'illégalité (art. 1594 B. G. B. pour le mari et 1596 pour l'enfant) (20). Enfin, il nous

(17) Ce délai d'un mois est le délai de principe. Il doit être retenu plutôt que le délai exceptionnel de deux mois dans les hypothèses où tous deux seraient susceptibles de recevoir application (recel de grossesse, mais présence du mari sur les lieux de la naissance).

(18) Alger, 14 nov. 1907, D. 09.2.24.

(19) Cass. Req., 9 déc. 1857, D. 58.1.132 ; Caen, 29 déc. 1880, D.P., 82.2.54. Le délai sera alors de deux mois. Cass. civ., 31 janv. 1967, D. 67.280.

(20) Cette question de procédure est étroitement liée au fond du problème. Pour le droit allemand toutes les preuves tendant à établir la non-paternité du mari sont autorisées. Au contraire, les cas d'ouverture du droit français sont tels que la modification de l'art. 316 dans le sens indiqué n'aurait pas toujours amélioré la situation du mari (par exemple, il ne lui servirait à rien d'apprendre tardivement l'infidélité de la femme au moment de la conception si l'épouse ne lui avait jamais caché la naissance, ou encore le caractère prématuré de la naissance de l'enfant, ce qui fait remonter la conception à un moment où il était absent, s'il a cependant cohabité avec son épouse pendant une partie de la période légale de conception). Elle aurait cependant permis des actions actuelle-

reste à examiner un cas particulier où, malgré la présence du mari sur les lieux de la naissance, le délai ne commence pas à courir contre lui. C'est l'hypothèse où le mari ne jouit pas de toutes ses facultés mentales.

B. — UN CAS PARTICULIER : L'ALIÉNATION MENTALE DU MARI.

Chaque fois que le mari n'est pas capable de se rendre compte clairement de la situation, chaque fois qu'il ne peut avoir une connaissance *consciente* de la naissance, le délai ne doit pas commencer à courir. Une déficience nettement caractérisée de l'état physique et plus souvent de l'état mental du mari doit permettre un recul du point de départ du délai (21).

Il convient d'autant plus de protéger la famille légitime contre l'intrusion d'enfants adultérins de la mère que celle-ci jouit alors d'une liberté quasi-complète. Pour arriver à ce but, différentes solutions pouvaient être envisagées : attendre que le mari soit de nouveau sain d'esprit, ou bien autoriser l'action du tuteur. Une distinction nous semble nécessaire.

Si au moment de la naissance le mari est en état d'aliénation mentale, mais sans pour autant qu'un tuteur ou un curateur lui ait été désigné, le délai ne peut pas courir contre lui puisqu'il n'a pas pu avoir de l'accouchement de son épouse la connaissance qu'exige la jurisprudence (22). On voit bien cependant le danger d'une telle situation : le délai risque de ne jamais commencer à courir au détriment de la vérité.

Si au contraire le mari est déjà judiciairement en tutelle ou en curatelle à la naissance de l'enfant, peut-on confier à son tuteur le soin d'agir en désaveu de paternité ? Le problème est délicat, sur le plan juridique autant que sur le plan humain en raison du caractère éminemment personnel de l'action. Si le mari avait été au courant, il aurait peut-être pardonné. S'il revient un jour à la raison, le jugement rendu sur l'initiative de son tuteur lui sera opposable.

C'est la solution conforme à la vérité qui a été admise par la cour de Cassation (23). Le point de départ du délai sera donc la

ment impossibles (le mari est mis au courant tardivement de sa stérilité accidentelle).

(21) Cass. civ., 6 juill. 1966, Bull. Cass., 66.1, p. 313, n° 407. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir recherché si « à l'époque où il aurait pu utilement agir (le mari était) dans un état de santé qui l'en eût empêché ».

(22) Toulouse, 20 juin 1945, D. 46.275.

(23) Cass. civ., 24 juill. 1844, D.P., 44.1.424 ; dans le même sens BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. III, n° 1031. G. LACARDE, Rev. trim. dr. civ., 1946.305. *Contra* : AUBRY et RAU, t. IX, § 545 *bis*, texte et note 6 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1697 ; COLIN-CAPITANT, t. I, n° 1286.

nomination du tuteur. Quant à sa durée, la cour de Cassation ne l'a pas nettement précisée, se contentant de dire que le tuteur « doit être nécessairement admis à contester immédiatement ». On peut en déduire, semble-t-il, que le tuteur devra agir rapidement aussitôt après sa désignation. Aucun terme précis ne lui est fixé, mais la recevabilité de son action dépendra de sa diligence. C'est le temps strictement nécessaire à son information qui lui est donné (24).

Ce système cohérent a soulevé cependant en pratique deux difficultés avant la loi du 3 janvier 1968. Si le mari déjà malade à la naissance de l'enfant n'était cependant pas interdit, il était à craindre que la procédure judiciaire ne soit jamais entamée. Celle-ci ne pouvait en effet être déclenchée par le ministère Public que si le malade n'avait ni conjoint, ni parents. Si les parents du mari se désintéressaient de la situation, on aboutissait à une impasse car il y avait de fortes chances pour que l'épouse restât inactive. Depuis 1968, la tutelle ou la curatelle peuvent être ouvertes d'office par le juge (art. 493 et 509 C. civ.).

La seconde difficulté résulte de la désignation de l'épouse comme tutrice. Ainsi l'on a pu voir une femme, tutrice de son mari interné durant 22 ans, mettre au monde pendant ce temps 5 enfants que bien sûr, elle n'avait pas cherché à désavouer. L'arrêt (25) déclara alors inapplicables les délais de l'article 316. Parmi les justifications données, nous en retiendrons une : éviter que « la pureté de la famille ne soit exposée aux plus graves dangers ».

Le problème se pose en des termes très voisins lorsque la personne susceptible d'exercer le désaveu est un héritier, mineur, du mari décédé. L'épouse administrateur légal n'exercera pas l'action en justice et ne se souciera pas de demander au juge des tutelles la nomination d'un administrateur « ad hoc » nécessaire chaque fois que les intérêts de l'administrateur légal sont en opposition avec ceux du mineur (art. 389-3) (26). Le tribunal civil de Bordeaux en 1947 (27) décida que « la femme ne saurait profiter de sa propre carence; c'est donc seulement au plus tôt à compter de la réunion du conseil de famille que le délai de l'article 317 a pu commencer à courir ». Il y a là un cas

(24) *Contra* pour l'absence de tout délai : Caen, 14 déc. 1876, D.P., 77.2.146, LAGARDE, Rev. trim. dr. civ., 1946.305 ; Toulouse, 20 juin 1945, D. 46.275 ; pour l'application des délais habituels, Chambéry, 28 janv. 1862, S. 62.2.481 (il s'agissait d'un interdit légal), AUBRY et RAU, § 545 bis, note 20 ; A. C. note sous Toulouse, 20 juin 1945, D. 46.275.

(25) Caen, 14 févr. 1876, D.P., 77.2.146.

(26) Le juge des tutelles peut prononcer des injonctions à l'encontre de l'administrateur légal (art. 395, al. 2). Pourrait-il par ce moyen obliger la mère à exercer le désaveu ?

(27) Trib. civ. Bordeaux, 4 nov. 1947, D. 48.49.

de force majeure, rendant juridiquement impossible tout désaveu et aboutissant à retarder jusqu'à ce jour le point de départ du délai.

Cette hypothèse particulière d'un héritier mineur nous conduit à envisager celle du délai imparti en règle générale à ceux qui continuent la personne du mari décédé. Est-ce un souci de réalisme qui a commandé la rédaction de l'article 317 C. civ. et l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence ?

§ 2. — Le point de départ du délai imparti aux héritiers du mari.

Lorsque le mari est décédé, l'article 317 C. civ. édicte deux déchéances à l'encontre des héritiers désireux d'intenter une action en désaveu de paternité : le délai dont aurait bénéficié le mari pour agir s'il avait été vivant ne doit pas être expiré, et d'autre part, plus de deux mois ne doivent pas s'être écoulés depuis que l'enfant dont on voudrait contester la filiation paternelle a troublé les héritiers dans la possession des biens du défunt.

La première condition suscite peu de remarques : on comprend que l'héritier, continuateur de la personne du défunt (28), ne puisse pas faire revivre un droit qui était éteint chez son auteur. Le mari aurait-il été dans les délais pour agir (compte tenu de leur point de départ (29) et éventuellement de leur prorogation) ? Alors les héritiers seront en droit, au regard de cette première condition, d'exercer l'action à sa place.

Mais outre ce délai qui semble faire de l'action des héritiers un simple reflet de celle du mari, l'article 317 établit une autre déchéance découlant d'un délai propre aux héritiers. Ceux-ci « auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession ».

(28) En vertu de cette idée, seuls les héritiers *ab intestat* ou les légataires universels sont recevables dans leur action. BARÈRE, « L'action en contestation de paternité par les héritiers du mari », D. 1960, chr. 91 ; HOLLEAUX, note sous Trib. civ. Seine, 5 janv. 1949, D. 49.497 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 787. BEUDANT-LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, t. III, n° 1033. Parmi les titulaires de l'action peut donc figurer la mère. Son action serait peut-être repoussée sur la base de l'adage *Nemo auditur...* Cf. D. LANDREAU, « Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil », p. 99 et en sens contraire BAUDRY-LACANTINERIE, t. IV, n° 548. La loi du 14 déc. 1964 relative à la tutelle est ici sans intérêt car la mère agit en tant qu'héritière du défunt, et non en tant qu'administrateur légal.

(29) Si le mari, dans la période précédant son décès, était affaibli au point de ne pas pouvoir connaître consciemment la naissance de l'enfant, le délai ne pourra pas courir.

C'est donc un acte patrimonial qui fait courir ce délai. A tel point que l'on a pu en conclure que « l'action change de caractère entre les mains des héritiers; elle n'a plus pour cause un intérêt moral, mais elle est destinée désormais à protéger leurs intérêts pécuniaires » (30). En conséquence, les créanciers de l'héritier pourraient l'intenter (31).

Le trouble prévu par l'article 317 vise tout acte par lequel l'enfant émet une prétention sur les biens du *de cujus* (32). Il est incontestable que l'action intentée plus de deux mois après ce trouble serait irrecevable. Mais faut-il en conclure qu'elle serait aussi rejetée d'emblée si elle avait été engagée avant ce moment ? L'action des héritiers est-elle subordonnée à la manifestation de la prétention de l'enfant sur les biens de la succession ? Le trouble dans la possession est-il la condition de l'action ?

La Cour de cassation en 1887 (33) avait approuvé l'initiative des héritiers qui n'avaient pas attendu, pour agir, la réalisation du trouble dans la possession. L'abbé, commentant cet arrêt, avait très bien mis en lumière le fondement de cette solution. « La loi excuse l'inaction de celui qui s'abstient de faire un procès et peut-être un scandale tant qu'il ne subit pas un préjudice pécuniaire; mais elle ne réproouve pas le zèle de celui qui veille à la pureté de la composition de la famille légitime. »

Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, il convient de ne pas subordonner l'exercice du désaveu à une condition supplémentaire laissée à la discrétion de l'enfant (34). Au surplus, dans l'intérêt de l'enfant, il est préférable de ne pas laisser son état longtemps incertain. Néanmoins, la doctrine est divisée (35) et la cour

(30) PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 787. Voir aussi BEUDANT-LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, t. III, n° 1033.

(31) *Contra* sur ce point : HOLLEAUX (précité), note au D. 49.497. AUBRY et RAU, t. IX, § 545 *bis*, note 8, « l'action a toujours un aspect moral capital », point de vue que nous partageons.

(32) Paris, 27 oct. 1955, D. 55.597, J.C.P., 56.9103, G.P., 56.2.328 (acte d'huisier sommant l'héritière de participer au conseil de famille du mineur pour délibérer sur l'acceptation de la succession du père).

(33) Civ., 10 mai 1887, S. 88.1.241, D. 87.1.412 ; dans le même sens : Cass. Req., 25 août 1806 (Journal des audiences Cour de cassation, 1806, p. 627) ; Trib. civ. Seine, 5 janv. 1949, D. 49.497 ; Alger, 14 févr. 1921, D. 21.2.30. Dans l'arrêt de la chambre civile du 15 mars 1955, D. 55.427, J.C.P., 55.8718, note P. E., on ignore si l'enfant avait ou non troublé les autres héritiers.

(34) Ce qui condamne le caractère strictement pécuniaire de l'action des héritiers. On pourrait invoquer ici encore (cf. désaveu préventif) un argument tiré du dépérissement des preuves, l'enfant ne se décidant à entrer en possession des biens du défunt que lorsqu'il peut espérer la disparition de toute trace de son illégitimité.

(35) PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 797 ; MAZEAUD, t. I, 2° vol., n° 903 ; MARTY-RAYNAUD, I, 2° vol., n° 169. *Contra* : AUBY-RAU, t. X, § 545 *bis*, n° 30 ; D. LANDBREAU, « Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil », p. 94.

de Paris, dans un arrêt récent (36), ne s'est pas inclinée devant la position ancienne de la Cour de cassation.

Ainsi, à la question que nous posions au début de cette section : les tribunaux reculent-ils chaque fois qu'ils le peuvent le point de départ des délais, une réponse négative s'impose. Sans doute quelques efforts ont-ils été faits, mais ils n'ont porté que sur des problèmes très spéciaux et peu fréquents en pratique (aliénation mentale du mari, action des héritiers) (36 bis). Dans l'hypothèse la plus courante, celle de l'action intentée par un mari sain d'esprit, il est impossible de trouver dans les décisions des magistrats la trace d'un mouvement délibérément favorable à un retardement de la mise en route du mécanisme des délais. Cet obstacle est d'autant plus fâcheux que la durée du délai impartie est très brève.

SECTION II

LA PROROGATION DES DELAIS

Lorsqu'un délai a régulièrement commencé à courir, peut-il être prolongé sous l'effet de certains événements ? La jurisprudence s'efforce-t-elle par ce moyen de favoriser la vérité ?

Il serait logique de chercher la solution de ce problème dans une classification des délais qui nous intéressent. Si les délais en matière de désaveu font partie de telle catégorie procédurale, telle réglementation leur sera applicable.

Mais on se heurte alors à de graves difficultés. Sans doute la jurisprudence a-t-elle depuis longtemps qualifié ces délais de « préfix », mais le problème n'est pas résolu pour autant car ce caractère précis ne permet pas de déterminer leur nature juridique : délais de procédure ou délais de prescription (37).

Toutefois, délais préfix signifiant délais de rigueur, il est à craindre que les magistrats, déjà portés à la sévérité en raison de la brièveté

HOLLEAUX, précit., qui affirme que cette solution est couramment adoptée par le tribunal de grande instance de la Seine.

(36) Paris, 15 mars 1966, D. 66, somm. 73. Voir aussi Paris, 27 oct. 1955, Bulletin du service juridique de la protection de l'enfance, 1967, p. 143.

(36 bis) Sur les difficultés en cas de mariage posthume, V. NOIREL, S. 1960.15 (23).

(37) VOIRIN, note au D.P., 1934.2.33.

Contra, pour une assimilation entre délais préfix et délais de procédure : VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 439, n° 17 ; SOLUS et PERROT, t. I, n° 428. Sur l'ensemble du problème voir P. LACARDE, art. précité aux Mélanges Voirin, p. 492 et spécialement n° 5, 6, 16.

du temps imparti au demandeur, ne mettent délibérément de côté tout souci de vérité et écartent systématiquement toute cause d'interruption ou de suspension.

§ 1. — L'interruption du délai.

Le seul cas jamais soumis à la jurisprudence a été tranché dans un sens favorable à la vérité. La cour de Cassation décida en 1956 (38) qu'un jugement d'incompétence interrompt le délai. Rendu dans le cadre de l'article 318, l'arrêt prévoit qu'un nouveau délai d'un mois court dès le lendemain de la décision d'incompétence. Aucune référence n'est faite à la bonne foi du demandeur.

Nous approuvons cette solution qu'une partie de la doctrine conteste (39) car la finalité d'un délai doit être un élément déterminant de son régime. Le but des articles 316 à 318 est moins l'opposition à l'établissement de la véritable filiation que le repos des familles. Or la paix sociale a déjà été troublée par cette première action en justice qui suppose notamment la nomination d'un tuteur *ad hoc*.

§ 2. — Le relevé de forclusion en cas de force majeure.

La jurisprudence apporte à la rigueur des délais un autre tempérament important qui permet au juge de relever le mari de la forclusion qu'il aurait inévitablement encourue. Il en sera ainsi chaque fois que le plaideur aura été dans l'impossibilité d'agir pour une raison de force majeure.

C'est ce qu'a décidé la chambre des Requêtes le 25 novembre 1945 (40) dans une espèce où le mari, après avoir régulièrement notifié son intention de désavouer l'enfant, avait dû subir malgré toutes ses précautions le retard apporté par les membres du conseil de famille (41) à se réunir pour désigner un tuteur *ad hoc*. La réunion finalement avait eu lieu, mais le délai d'un mois prévu par l'article 318 était expiré. La Cour d'appel (42) avait assimilé à un cas de force majeure l'impossibilité pour le conseil de famille de se réunir. La

(38) Civ., 17 oct. 1956, G.P., 56.2.342.

(39) VASSEUR, article précité, n° 21, voir aussi les références citées par cet auteur à la note 11, p. 458. « Le principe est qu'il ne peut être question d'interruption à propos des délais de forclusion. »

(40) D. 48.321, note HOLLEAUX, J.C.P., 47.3425, note A. S., G.P., 47.1.53.

(41) Certains étaient absents, d'autres avaient fait preuve de beaucoup de mauvaise volonté. Le conseil de famille était composé jusqu'en 1964 de parents issus, moitié de la ligne maternelle, moitié de la ligne paternelle (ce qui pouvait expliquer leur manque d'empressement).

(42) Montpellier, 12 déc. 1944, D. 45.77.

cour de Cassation, sans formuler d'attendu de principe, estima que « dans ces circonstances de fait, la cour a pu déclarer mal fondée la fin de non-recevoir opposée à la demande ».

Néanmoins, une fois admis le principe selon lequel la force majeure permet au juge de faire échapper à la forclusion le plaideur qui la subit, il convient encore de préciser le temps dont dispose le demandeur pour assigner en justice la mère (43) et le tuteur *ad hoc*. A la différence de ce qui se passe en matière d'interruption, un nouveau délai complet ne courra pas (44). On peut alors hésiter entre deux solutions : accorder au mari le délai qui restait à courir lors de l'envoi de l'acte extrajudiciaire ou bien ne lui donner que le temps strictement nécessaire pour lancer son assignation. La cour de Montpellier avait choisi le second moyen (moins favorable, généralement, à la manifestation de la vérité) et la Cour de cassation a pris soin elle aussi de relever l'empressement du tuteur. L'idée est sans doute qu'il faut interpréter strictement les exceptions apportées à la rigueur des délais. Si leur prorogation s'imposait dans ce cas parce que le mari, juridiquement, ne pouvait pas agir avant la désignation du tuteur, il était inutile de retarder outre mesure l'introduction de l'instance car le demandeur avait eu largement le temps de peser sa décision.

Les délais seront donc allongés et la démonstration de la véritable filiation pourra être faite chaque fois que l'impossibilité d'agir sera assimilée à un événement de force majeure (45). Mais la jurisprudence se montre stricte dans l'appréciation de ces deux notions.

D'une part, même si le mari a été dans l'impossibilité d'agir à cause de l'absence de nomination du tuteur *ad hoc*, il encourra la déchéance si la responsabilité en incombe, même partiellement, à lui ou à son mandataire. Ainsi, le demandeur sera déclaré forclos si l'officier ministériel négligent auquel il s'était adressé ne s'était heurté pour réunir le conseil de famille « qu'à des difficultés banales que l'on rencontre ordinairement en la matière » (46).

De même, la cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait considéré comme prévisible le risque d'absence de l'huissier chargé de transmettre la signification, alors

(43) La présence de la mère à l'instance est indispensable (art. 318). Elle y défend son honneur et peut suggérer au tuteur des arguments de nature à réfuter ceux du mari. Il a été jugé qu'elle peut interjeter appel d'un jugement écartant le désaveu, si le tuteur reste inactif. Le désaveu est remis en question pour tous. Cass. civ., 4 oct. 1960, G.P., 61.1.181.

(44) Notre hypothèse se rapproche de celle de la suspension bien que la cour de Montpellier ait utilisé le verbe « proroger ».

(45) En faveur de cette solution : VASSEUR, article précité, n° 27 ; SOLUS-PERROT, précité, n° 462.

(46) Aix-en-Provence, 5 mars 1962, Vie judiciaire, n° 858, 17 septembre 1962.

pourtant que celui-ci était mobilisé (47). Constitue seulement un événement de force majeure l'obstacle insurmontable contre lequel le mari ne pouvait rien.

D'autre part, la sévérité de la jurisprudence se traduit dans l'appréciation du genre d'impossibilité susceptible d'être assimilée à un cas de force majeure. Le problème s'est posé avec acuité à propos de l'assistance judiciaire. Il faut supposer que la demande a été déposée à temps, mais que la réponse n'est parvenue au mari qu'après l'écoulement du délai d'un ou deux mois. La cour de Cassation refuse dans ce cas toute prorogation (48). Les juridictions du fond avant cet arrêt de 1957 étaient divisées. Pour certaines, il ne faut pas « rendre le mari responsable des lenteurs de la Justice » (49) qui constituent un « obstacle indépendant de sa volonté » (50). Pour d'autres au contraire, ce serait un moyen trop facile pour les plaideurs de faire échec aux articles 316 et 318 (51) et « cette prétention ne tendrait à rien moins qu'à détruire l'égalité des justiciables devant la loi » (52).

La solution de la cour de Cassation est sévère pour le mari, car il préférera bien souvent renoncer à exercer son droit plutôt que de supporter les frais d'une instance. C'est une décision qui n'incite guère les plaideurs à demander à la Justice la manifestation de la vérité (53).

Les seules circonstances susceptibles de proroger le délai sont donc celles qui font directement obstacle à l'ouverture du procès (54) (55).

(47) Cass. civ., 20 févr. 1957, G.P., 57.1.387.

(48) Cass. civ., 20 févr. 1957, G.P., 57.1.387, D. 57.447, S. 57.292 ; Cass. civ., 9 janv. 1967, D. 67, somm. 29.

(49) Colmar, 6 déc. 1949, J.C.P., 51.6312, note DELPECH.

(50) Paris, 19 nov. 1948, S. 49.2.34, et aussi trib. civ. Toulouse, 2 avr. 1908, S. 08.2.255.

(51) Trib. civ. Aubusson, 24 avr. 1951, J.C.P., 51.6312, note DELPECH.

(52) Alger, 14 nov. 1907, D. 09.2.24. Cet argument peut être retourné contre ceux qui l'invoquent, car une véritable égalité devant la loi supposerait que chacun ait, non seulement en droit, mais en fait, les mêmes possibilités d'y recourir.

(53) Approuvée par certains auteurs (DELPECH, note au J.C.P., 51.6312), elle fut critiquée par d'autres. M. LAGARDE (Rev. trim. dr. civ., 1951.368) propose d'examiner dans chaque cas si les éléments constitutifs de la force majeure existent réellement. Si, le bureau d'assistance judiciaire ayant rejeté la demande, le plaideur agit ensuite à ses frais, alors seulement on pourra généralement admettre que le coût du procès ne constituait pas un obstacle insurmontable.

(54) Cf. encore Colmar, 8 juin 1962, Tables G.P., 62, n° 8 à 10 : « les formalités spéciales de la procédure locale (Alsace-Lorraine) antérieures à la citation constituent un événement de force majeure dès lors qu'avant leur réalisation, le demandeur en justice s'est trouvé dans l'impossibilité absolue d'agir ».

(55) C'est à cette même conclusion que nous avait conduit l'étude du point de départ des délais (la connaissance de l'état civil de l'enfant importe peu). Notons cependant une différence : pourra seule prolonger le délai en cours l'impossibilité juridique résultant d'une force majeure.

On aboutit ainsi, du point de vue de la recherche de la vérité, à une solution qu'il est difficile de qualifier entièrement de favorable ou de défavorable. Le principe même d'une suspension ou d'une interruption des délais marque un progrès important pour la manifestation de la vérité. Mais concrètement les cas d'application sont rares, la portée des exceptions admises reste faible. Les magistrats témoignent surtout d'un attachement théorique, « abstrait », à voir l'ordre social reposer sur des cellules familiales saines et vraies. Mais on ne peut que constater le manque d'élan et d'enthousiasme dans la mise en œuvre de cette idée. Les délais de l'action en désaveu restent, en fait, rigides.

A ce point de nos développements, le seul moyen pour redonner au fonctionnement des délais une certaine souplesse qui sans doute profiterait à la vérité serait d'imposer aux adversaires du mari l'obligation de prouver l'expiration des délais et d'interdire aux juges toute initiative en ce domaine. La jurisprudence s'engage-t-elle dans cette voie ?

SECTION III

LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE DÉLAIS

Ce problème recouvre en réalité deux questions proches mais distinctes. Tout procès contentieux fait apparaître au moins trois personnes ou trois groupes de personnes : le demandeur, le défendeur, les magistrats.

Parmi les plaideurs, lequel doit soulever la question des délais ? Un rôle actif peut-il être accordé aux magistrats, arbitres du procès ?

§ 1. — Le rôle des parties.

Sur le premier point, la jurisprudence est fixée depuis longtemps. La chambre des Requêtes estima, dès 1854 (56), que c'était aux défendeurs de prouver que le mari n'était plus dans les délais pour agir (57).

On aboutit, il est vrai, à une situation assez curieuse lorsque l'extinction du délai repose sur la découverte de la fraude alors que l'action repose, au fond, sur un autre cas d'ouverture. C'est en effet

(56) 14 févr. 1854, D. 54.1.89.

(57) Jurisprudence constante, ex. : Colmar, 6 déc. 1949, J.C.P., 51.6312 et 21 févr. 1962, G.P., 62.1.399. L'irrecevabilité peut être proposée en tout état de cause et même pour la première fois en appel : Montpellier, 31 oct. 1951, D. 51.776 ; Paris, 14 févr. 1958, D. 58, somm. 49 ; Cass. civ., 10 déc. 1963, D. 64.167.

la mère qui devra prouver, non seulement la date à laquelle elle a averti son mari, mais aussi et d'abord l'existence même de la fraude. On l'oblige alors, objectera-t-on, à se défendre en prouvant qu'elle a commis une fraude et que le désaveu aurait pu être fondé sur une autre cause ! Cette solution nous semble cependant plus souhaitable que celle adoptée par la cour de Paris en 1963 (58) : le mari « devait établir que la naissance lui avait été frauduleusement cachée, la preuve que la découverte de la fraude était antérieure de plus de deux mois à l'acte de désaveu incombant alors à la demanderesse ».

La cour de Cassation en 1854 n'avait pas tranché ce problème. L'expiration des délais avait été soulevée au cours d'une action fondée sur le recel ; la preuve de la dissimulation étant une condition de recevabilité devait être établie par le demandeur. C'était à la défenderesse « à prouver l'exception qu'elle invoquait », c'est-à-dire uniquement en l'espèce la date à laquelle avait cessé la dissimulation.

Plutôt que d'imposer en règle générale au mari la preuve de la fraude, ce qui augmenterait encore pour lui la difficulté de l'action et diminuerait peut-être la possibilité pour la vérité de se manifester, ne vaudrait-il pas mieux conserver le principe acquis, quitte à se montrer moins exigeant lorsque le recel est invoqué uniquement comme fin de non-recevoir ? Le simple fait que le mari n'ait été au courant de la naissance que postérieurement à l'accouchement, suffirait à établir le recel (59) (si du moins l'adresse du mari était connue). On conserverait ainsi la règle imposant à la femme la preuve entière de la fin de non-recevoir.

Cette position nous paraît justifiée en droit, et nous l'approuvons sur le plan pratique.

D'une part, mettre cette preuve à la charge du mari aurait transformé les articles 316 à 318, mesures de déchéance, en conditions de recevabilité. Quant au second problème posé (pouvoir du juge d'agir d'office) il se trouvait résolu chaque fois que l'expiration du délai résultait des circonstances de la cause. S'il était établi par exemple que le mari avait attendu plus de deux mois après son retour pour déclencher l'action, le juge aurait été dans l'obligation de constater que la condition de recevabilité n'était pas remplie.

D'autre part, sur le plan pratique, la solution de la chambre des Requêtes facilite grandement la manifestation de la vérité. La tâche du demandeur est en effet sérieusement allégée puisqu'il peut se contenter d'une simple affirmation. Mais surtout l'action en désaveu

(58) 7 nov. 1963, J.C.P., 64, somm. 35, et 26 févr. 1965, J.C.P., 65.14217, note R. B.

(59) C'est d'ailleurs une solution analogue qu'avait prise la Cour de Paris dans son arrêt du 26 févr. 1965, à propos de la preuve de fraude.

présente assez souvent cette particularité que, sous l'apparence d'une opposition d'intérêts, le mari et l'enfant (ou son représentant s'il est mineur [60]) poursuivent en réalité le même but. Les mobiles sont différents, mais l'objectif est identique. De sorte qu'aucune des deux parties ne proposera le rejet de la demande pour expiration des délais. Fréquemment d'ailleurs les défendeurs font défaut (61). Cette jurisprudence facilite la pratique des « désaveux d'accord » (62).

Elle se heurtera cependant à un obstacle si, pour déjouer cette entente, le juge est en droit de relever d'office la forclusion.

§ 2. — Le rôle du tribunal.

En règle générale, le droit judiciaire privé autorise les plaideurs à renoncer au bénéfice de l'expiration des délais (63). Mais la doctrine admet une exception pour le cas où l'ordre public est en cause. Il est certain que la notion d'ordre public tient une grande place en matière de filiation. Spécialement on pourrait penser, en raisonnant « in abstracto », qu'elle est à la base des règles en matière de délais : une action en désaveu survenant de nombreuses années après la naissance troublerait la famille légitime et nuirait à la stabilité de l'état de l'enfant. Mais nous ferons trois remarques :

— Ce risque a été admis dans le cadre du désaveu préventif et chaque fois que le point de départ du délai est retardé jusqu'au moment où le mari a connu la naissance de l'enfant.

— D'autre part, on ne peut s'empêcher de noter que la paix des familles n'a jamais été le but unique de notre droit de la filiation. Le souci de la vérité, la volonté du chef de famille, l'intérêt de l'enfant sont des composantes que l'on ne peut rejeter en dehors de la notion d'ordre public.

— Enfin, si l'on examine concrètement la situation de cette famille légitime, on peut se demander si l'intérêt de ses différents membres ne rejoint pas l'intérêt de la société tout entière pour imposer au juge de ne pas sanctionner d'office l'écoulement des délais. Lorsque le groupe familial a été disloqué par une demande en divorce, l'action en désaveu apparaîtra à la fois comme une conséquence de cette

(60) La nomination d'un tuteur *ad hoc* est nécessaire seulement si l'enfant à désavouer n'est pas majeur.

(61) En pratique, il semble que ce soit un des rares cas dans lesquels le ministère public prenne des conclusions en matière de désaveu. Lorsque le procès est contradictoire, il vise simplement les dossiers et demande l'application de la loi.

(62) MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 903.

(63) VASSEUR, art. précité, Rev. trim. dr. civ., 1950.439 (n° 28), et SOLUS et PERROT, *op. cit.*, t. I, n° 459.

procédure et comme un prélude au mariage des deux véritables parents de l'enfant. Dès lors, l'ordre public n'est-il pas attaché davantage à la création d'une nouvelle famille légitime *vraie*, plutôt qu'au maintien artificiel d'une filiation fictive qui ne peut trouver en fait l'occasion de s'épanouir? L'ordre public n'est pas une notion qui est donnée une fois pour toutes. Elle varie d'une époque à une autre, d'une espèce à une autre.

Puisque le divorce et la légitimation sont entrés dans les mœurs, l'ordre public ne doit pas les ignorer. Cette notion dépend des modifications intervenues dans l'état d'esprit d'une société. Elle est fondée sur le sentiment général d'un peuple à un moment déterminé. Ce serait manquer de réalisme que de prétendre en fixer le contenu définitivement en se satisfaisant de formules devenues creuses (64).

D'autres auteurs mettent l'accent sur le fait qu'en certaines circonstances — et le désaveu serait une de ces circonstances — « l'ordre public peut n'intervenir qu'en considération d'une espèce déterminée » (65). Le juge ne pourrait soulever d'office l'expiration des délais que lorsque existerait un intérêt public dont il faudrait établir l'existence dans chaque affaire. Cette solution, qui, pour M. P. Lagarde semble être celle de la jurisprudence (66), permettra aux magistrats de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de l'intérêt de la famille. Sans doute ne servira-t-elle pas automatiquement la vérité, mais la vérité est incontestablement une des composantes de cette notion d'ordre public.

La jurisprudence dans son ensemble a tendance à permettre au juge de relever d'office la forclusion (67) chaque fois qu'elle ressort des faits de la cause (68). Un seul jugement, fortement motivé, s'est vivement élevé contre cette position. Le tribunal civil de Chaumont (69) mettant l'accent sur les exigences contradictoires de l'ordre public, déclare: « on ne saurait, au nom de l'ordre public, tantôt sacrifier la vérité à des considérations d'opportunité sociale, tantôt ériger en principe absolu le souci d'assurer une filiation conforme aux liens du sang. Attendu qu'on peut observer qu'en matière de contes-

(64) Voir JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Etudes à la mémoire de H. Capitant, p. 381 et spéc. p. 389.

(65) P. LAGARDE, « Remarques sur le délai de l'action en désaveu de paternité », Mélanges Voirin, p. 492.

(66) Il se fonde notamment sur le fait que les décisions ayant permis au juge de soulever d'office l'expiration des délais reposaient toutes, en plus de ce motif, sur un autre.

(67) Alger, 14 nov. 1907, D. 09.2.24; Trib. civ. Aubusson, 24 avril 1951, J.C.P., 51.6312, note DELPECH; Paris, 8 févr. 1952, D. 52.182, note HOLLEAUX; Paris, 14 févr. 1958, D. 58, somm. 49; Colmar, 24 févr. 1962, G.P., 62.1.399; Paris, 11 juin 1964, D. 64.527, concl. NEPVEU.

(68) Colmar 24 févr. 1962, précité.

(69) 1^{er} avr. 1957, J.C.P., 57.10197, note SOUDÉ.

tation de reconnaissance, même suivie de légitimation, les données biologiques ont un rôle souverain et « l'ordre public » est invoqué en faveur de « la manifestation de la vérité » (Amiens, 5 déc. 1950 G. P. 51-1-43) ; qu'au contraire si le juge soulève d'office le moyen fondé sur l'irrecevabilité de l'action en désaveu, il méconnaît ... les exigences de la vérité ». Le tribunal tire ensuite argument de l'absence de délai en matière de désaveu préventif et relève enfin que l'intérêt de l'enfant concorde avec la volonté du chef de famille.

La cour de Cassation n'a pas formellement pris parti sur cette question. Elle reconnaît que « l'exercice de l'action en désaveu de paternité a été enfermée dans un délai préfix pour des motifs d'intérêt public » (70). Mais elle en conclut seulement qu'il est permis « aux intéressés de soulever son irrecevabilité en tout état de cause ». La doctrine elle aussi est divisée (71).

C'est finalement vers l'idée d'un très léger assouplissement, que nous a conduit l'étude de la jurisprudence en matière de délais dans l'action en désaveu de paternité. Les raisons de cette faible évolution sont telles qu'un nouvel élargissement nous semble souhaitable. Des progrès intéressants pourraient être accomplis d'abord sans l'aide du législateur : pourquoi restreindre le relevé de forclusion au cas d'une impossibilité juridique de saisir la Justice ? Pourquoi ne pas laisser aux parties le soin de relever l'expiration des délais, et aux défenseurs l'obligation pleine et entière de prouver que les délais sont écoulés ? Ce faisant, on servirait mieux la vérité, une vérité qui rejoint ici l'intérêt de l'enfant. Le mari, qui voit ses prérogatives de chef de famille limitées contre son gré, considérera l'enfant qui lui est imposé par le rejet de l'action avec d'autant moins de bienveillance qu'il a nourri l'espoir d'en être totalement détaché. Pour l'enfant, l'irrecevabilité de l'action signifie aussi l'impossibilité définitive d'être rattaché un jour à son véritable père par le remariage de sa mère.

Sur un plan législatif maintenant, ne serait-il pas souhaitable de prolonger la durée du délai légal : 5 ans par exemple (72) ? Le sup-

(70) Civ., 10 déc. 1963, D. 64.167. Dans une espèce jugée le 7 avril 1965 (Bull. Cass., 65.192), le pourvoi soulevait expressément le problème qui nous intéresse. Mais la Chambre civile estima ce motif superflu car le désaveu reposait sur un recel qui, en l'espèce, n'était pas établi.

(71) Pour l'intervention d'office, MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 903 ; HOLLEAUX, note au D. 48.321. NEVEU, sous Paris, 11 juin 1964, précité : « il semble, ajoute-t-il, que ce soit là la position traditionnelle de votre chambre ». VASSEUR, article précité, n° 28. *Contra* : SOUDÉ, note sous Trib. civ. Chaumont, 1^{er} avril 1957, précité ; DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1958.233, mais qui semble par la suite avoir infléchi sa position, Rev. trim. dr. civ. 1964.536.

(72) C'est le délai admis par la loi du 28 juillet 1962 pour les enfants nés en Polynésie.

primer totalement serait dangereux : ce serait offrir au mari un moyen de pression assez odieux sur sa femme, ce serait aussi risquer de compromettre gravement le psychisme de l'enfant. Quant à la vérité, pourrait-on encore l'établir avec certitude de nombreuses années après les faits ? Plus le temps passe, plus le mari verrait se multiplier les difficultés de preuve. La disparition des témoins, la perte des écrits compromettraient sérieusement ses chances de succès. Il est vrai qu'il lui resterait encore un moyen : faire procéder à une analyse comparée des groupes sanguins.

Mais cet ultime moyen de preuve ne peut être présenté que si déjà le bien-fondé de l'action a été rendu vraisemblable par l'existence de certaines présomptions soigneusement précisées par le Code civil. La recevabilité de l'action n'est en effet admise que si le demandeur justifie qu'il se trouve dans un des cas où le désaveu est possible.

CHAPITRE II

Les cas limités d'ouverture de l'action.

Autoriser d'emblée la preuve par tous moyens de la non-paternité apparaissait aux rédacteurs du Code comme une solution juridique à rejeter. Certes, nous avons dit que la faveur pour la légitimité expliquait largement la volonté de restreindre les cas de désaveu. Mais il ne faut pas oublier non plus qu'en 1804 la preuve de la non-paternité était difficile à apporter. Il serait faux de penser que la vérité importait peu aux rédacteurs. Etant donné la pauvreté des techniques scientifiques de ce temps, ou du moins leur manque de rigueur, dans de nombreux cas le mari n'était sans doute pas le père de l'enfant mais il ne pouvait pas le prouver. De sorte que pour éviter des actions vouées à l'échec, et donc dans l'intérêt même de la manifestation de la vérité, il était peut-être préférable de poser des conditions de recevabilité. Le doute profitait ainsi à la légitimité, en raison certes de la faveur dont jouissait la filiation légitime mais aussi en raison de la difficulté d'établir une évidence contraire (1).

Les présomptions conférant à l'action en désaveu du mari un caractère plus ou moins certain de vraisemblance ont été strictement délimitées. Leur existence est indispensable à la continuation de l'action.

(1) Les législations étrangères ne sont pas toutes aussi restrictives. Ainsi pour le droit allemand (art. 1591-2 B. G. B.), l'enfant n'est pas légitime lorsqu'il est manifestement impossible d'après les circonstances que la femme l'ait conçu des œuvres du mari. Le B.G.H. (J.Z., 1952.628, B.G.H. 2.7.116) exige que l'admission de la légitimité soit inconciliable avec la saine raison humaine. Pourtant le tribunal suprême de la zone britannique (O.G.H. Köln N.J.W. 1958.2120, M.D.R. 1957.37) a prononcé l'illégitimité dans un cas où les experts n'avaient attribué à leur expertise que 80 % de valeur probante (décision citée par DÖLLE, « Familienrecht », 1965, t. II, p. 49). La Pologne admet aussi le désaveu sur la base de l'impossibilité de paternité (CZACHORSKI, Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, p. 15).

Ainsi, la naissance d'un enfant noir au sein d'une famille de race blanche constitue sans aucun doute une présomption particulièrement forte en faveur de la non-paternité du mari (2). Mais la différence de pigmentation de la peau n'est pas juridiquement classée au rang des conditions de recevabilité. En conséquence, cet élément de preuve ne peut pas d'emblée être présenté au tribunal.

Toutes les conditions de recevabilité retenues par le Code rendent la non-paternité du mari non seulement possible, mais même vraisemblable. C'est pourquoi le viol ou l'adultère ne sont pas considérés en eux-mêmes comme des éléments topiques. Rien ne prouve en effet que la femme n'a pas eu, au cours de la même période, des rapports avec un tiers et avec son mari. On mesure par cet exemple combien le Code a voulu sauvegarder toutes les chances de légitimité de l'enfant. Certes, il s'est parfois montré trop exigeant, mais il serait naïf de croire pour autant que la vérité biologique était une considération négligeable.

Le Droit français retient, à titre de condition de recevabilité, des faits qui se situent soit au moment de la conception de l'enfant, soit postérieurement au cours de la grossesse ou même après la naissance. Nous étudierons ces problèmes dans deux sections en cherchant à voir comment le souci de vérité a pu se concilier avec le cadre rigide de l'action en désaveu.

SECTION I

DESAVEU ET CIRCONSTANCES DE LA CONCEPTION

Les circonstances ayant entouré la conception de l'enfant sont évidemment le premier critère auquel on s'attache pour apprécier la paternité du mari de la mère. Si l'époux n'a pas rencontré sa femme pendant toute la période légale, comment pourrait-il être devenu père ? Toutefois l'insémination artificielle, si elle se développait, serait de nature à tempérer cette considération de bon sens. De plus, même si les conjoints ont cohabité à ce moment et si donc on peut raisonnablement supposer l'existence de relations intimes entre eux, celles-ci ne peuvent aboutir à la procréation que si le mari était physiquement

(2) Ce cas n'est pas uniquement une hypothèse d'école. Si les recueils de jurisprudence n'offrent aucun exemple de ce type, une observation de médecin-légiste a été faite sur ce point. (FOURCADE, « A propos de l'action en désaveu de paternité », *Annales de médecine légale*, 1946, 290.) Il s'agissait « d'un viol, conséquence indirecte de la guerre. La non-paternité du mari ressortait avec évidence du simple examen de l'enfant, lequel avait hérité de l'agresseur, soldat noir américain, d'une pigmentation et d'un faciès négroïde indiscutables ».

capable d'engendrer. Le Code, dans certains cas seulement, a admis que l'impuissance maritale rendait recevable le désaveu.

Dans ces deux séries d'hypothèses, c'est de l'impossibilité de la conception que résulte le cas d'ouverture de l'action. On explique cette rigueur par le fait que les époux étaient légalement tenus de cohabiter et d'être fidèles. On comprend donc que si une au moins de ces obligations n'existait pas (et il ne peut s'agir que de l'obligation de cohabiter) le Code ait pu, tout en respectant la vérité, faire preuve de plus de souplesse. Si l'enfant, bien que légitime, a été conçu à un moment où le mariage de sa mère soit n'existait pas encore, soit était sur le point de disparaître, ces circonstances à elles seules plaident en faveur de la non-paternité.

Le point commun entre toutes les conditions de recevabilité envisagées dans ce chapitre est leur grande force probante. En fait, leur existence suffit souvent à exclure la paternité. En Droit, certaines d'entre elles ont d'ailleurs été qualifiées par la jurisprudence de péremptoires.

SOUS-SECTION I

IMPOSSIBILITE DE LA CONCEPTION MALGRE L'OBLIGATION LEGALE DE COHABITATION ENTRE EPOUX

Deux hypothèses distinctes doivent être envisagées : les époux ont été éloignés l'un de l'autre pendant toute la période légale de conception, ou encore, bien que le mari ait cohabité avec son épouse il ne peut être tenu pour responsable de la grossesse en raison de son incapacité d'engendrer.

Une « impossibilité physique » s'oppose dans ces deux cas à la paternité du mari. Elle est prévue par l'article 312 du Code civil mais ne peut pas se prouver indirectement par une analyse sanguine excluant toute possibilité de paternité (3).

§ 1. — Désaveu pour éloignement.

Citons le texte de l'article 312 C. civ. : le mari « pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent-vingtième jour avant la naissance de

(3) Cass. civ., 11 oct. 1955, D. 56.213, note ROUAST.

cet enfant, il était... pour cause d'éloignement... dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ».

Ce cas de désaveu est le plus évident pour tous. Le mari ne peut pas bien sûr être responsable de la grossesse de sa femme si les deux époux résidaient très loin l'un de l'autre et ne se sont jamais rencontrés. Encore faut-il cependant que cette absence se situe au moment où l'enfant a pu être conçu et une difficulté surgit lorsque cette période ne se situe pas complètement au cours du mariage. Enfin, l'éloignement du mari n'est peut-être pas toujours un argument topique : il nous faudra dire quelques mots de l'insémination artificielle.

A. — L'ÉLOIGNEMENT DU MARI.

C'est au mari, demandeur à l'action en désaveu, qu'incombe la charge de prouver qu'il n'a pas pu rejoindre son épouse au moment où l'enfant a été conçu (4).

En quoi consiste cet « éloignement » ? Le développement des moyens de communication, joint à leur commodité d'utilisation, ont contribué à en modifier la notion « classique ».

Quelle que soit la distance séparant deux époux, elle peut être aujourd'hui aisément et rapidement franchie. Il fallait donc interpréter « de façon raisonnable » (5) ce texte si on ne voulait pas le frapper de stérilité. Cet état d'esprit des magistrats sera évidemment un élément favorable à la manifestation de la vérité.

1. — *La distance séparant les époux.*

Malgré certaines opinions anciennes contraires (6), les rédacteurs du Code de 1804 se refusèrent à fixer de manière précise la distance séparant les époux car, disait Duveyrier (6) « l'absence réelle peut se modifier par d'autres causes; elle peut s'établir par d'autres preuves tout aussi décisives ». Il citait l'exemple de l'emprisonnement du mari. Ce point de vue particulier fut d'ailleurs adopté dès le milieu du XIX^e siècle par la cour de Paris (7).

Donc le nombre de kilomètres séparant les époux importe peu. L'éloignement pourra être invoqué comme cause de désaveu, même si les conjoints habitaient dans deux villes différentes de la France

(4) Cass. civ., 1^{er} févr. 1949, D. 49.146, S. 49.162.

(5) Paris, 10 févr. 1956, S. 56.20.

(6) Observations de la cour d'appel d'Orléans. LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », t. V, 16 : « la distance devait être celle que peut parcourir facilement à cheval un homme dans un jour ». DUVEYRIER cita « quelques auteurs » qui « exigeaient entre les époux l'espace immense des mers » (même référence).

(7) Paris, 5 mars 1853, D.P., 53.2.165.

métropolitaine (8) et même, semble-t-il, s'ils résidaient dans la même localité. La seule réserve à apporter serait la non-cohabitation dans le même appartement. La séparation de fait des époux constituerait alors l'éloignement. Mais si l'éloignement entre les époux peut ainsi se réduire matériellement à peu de choses, encore faut-il que les circonstances qui l'accompagnent donnent au juge la conviction que cette courte distance n'a pas, en fait, été franchie. Cette condition est indispensable pour que la non-paternité du mari soit certaine et la vérité respectée.

2. — *Les circonstances accompagnant l'éloignement du mari.*

Il s'agit finalement de démontrer que les époux n'ont eu aucune relation conjugale. Ces circonstances résultent en principe d'une impossibilité matérielle (incarcération du mari, séjour dans la salle commune d'un hôpital, etc...). Mais exceptionnellement le juge peut retenir une impossibilité morale particulièrement déterminante telle que le concubinage de l'épouse pendant plus de quinze ans (9) ou la discorde profonde divisant les époux (10).

La jurisprudence, certes, n'apprécie pas unanimement avec souplesse les circonstances accompagnant l'éloignement. La cour de Paris notamment se montre assez réticente. Ainsi, dans une espèce où le mari officier avait sa garnison en Allemagne et où la femme était installée à Cannes, cette cour (11) note que les relevés officiels établissant l'absence de permission pendant la durée légale de la conception ne sont pas pleinement convaincants car, outre les risques d'erreurs, « ils n'excluent pas la possibilité, qui n'a rien de chimérique, d'absences irrégulières » (12).

Néanmoins une partie importante des tribunaux témoigne d'un souci extrêmement intéressant de ne pas rejeter un désaveu lorsqu'ils estiment que le mari n'a pu concevoir l'enfant. La notion d'éloignement est interprétée avec un grand souci du concret. Mais pour que cet éloignement soit retenu à titre de condition de recevabilité, il est encore nécessaire qu'il se situe tout au long de la période légale de conception.

(8) Cass. civ., 30 janv. 1962, Bull. Cass., 62.1.59, trib. civ. Avesnes, 20 juill. 1938, S. 38.2.222 (les localités étaient peu éloignées).

(9) Trib. civ. Avesnes, précité.

(10) Alger, 12 nov. 1866, D.P., 67.2.128. En cas d'instance en divorce, voir par exemple Cass. Req., 8 nov. 1859, précité.

(11) Paris, 10 déc. 1956, S. 56.20.

(12) Cf. aussi Paris, 23 avr. 1920., D.P., 21.2.14 ; Paris, 10 nov. 1955, D. 56.213.

B. — LA DATE DE L'ÉLOIGNEMENT DU MARI.

Le Code civil a pris soin de déterminer à quel moment se situe et combien de temps dure la période légale de conception (art. 312). L'éloignement ne peut être retenu que s'il couvre la totalité des 121 jours légaux (13). Cette période se situe ordinairement au cours du mariage. Dans certains cas exceptionnels toutefois, l'enfant a pu être conçu soit au cours soit en dehors de l'union conjugale. Il suffit d'imaginer que le mari veuille désavouer un enfant né entre le 180^e et le 300^e jour suivant la célébration du mariage ou sa dissolution. Si à l'appui de sa demande il invoque l'éloignement, devra-t-il établir que son absence a duré pendant toute la période légale de conception, ou bien pourra-t-il se contenter de rapporter cette preuve pour les quelques jours pendant lesquels la période a coïncidé avec le mariage ?

Juridiquement, l'article 312 ne fournit aucun argument définitif. Le texte stipule que le mari doit prouver l'impossibilité physique de cohabiter avec « *sa femme* ». La mère n'ayant acquis, bien évidemment, cette qualité qu'en fonction du mariage, il faudrait en conclure que le mari n'a pas à prouver son éloignement avant la célébration de l'union et après sa dissolution. Mais l'article 312 précise aussi que le mari doit prouver son absence « pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour *avant la naissance* ». La généralité des termes employés plaide en faveur de la dissolution qui semble souhaitable du point de vue de la vérité.

La vérité en effet ne serait guère servie la plupart du temps si la solution libérale était retenue. En raisonnant sur un cas limite, le mari pourrait arriver à désavouer un enfant en prouvant son éloignement pendant un seul jour : il suffit d'imaginer que ce jour soit le seul à coïncider à la fois avec la période légale de conception et avec l'état de mariage !

Les décisions de jurisprudence en la matière sont pratiquement inexistantes. On le comprend d'ailleurs fort bien lorsque c'est la célébration du mariage (et non sa dissolution) qui se situe au cours de la période légale : il est en effet tout à fait exceptionnel que les époux n'aient pu cohabiter dans les premiers jours de leur mariage. Toutefois, on cite généralement un arrêt de la chambre des Requêtes datant de 1859 (14). L'espèce était la suivante : une femme accouche 210 jours après l'ordonnance de résidence séparée intervenue au début d'une

(13) Cass. Req., 8 nov. 1859, arrêt que nous allons développer.

(14) Cass. Req., 18 nov. 1859, D.P., 59.1.506, S. 60.1.437.

En doctrine, voir PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 739, note 3 ; AUBRY et RAU, t. IX, § 545, n° 51 ; DEMOLOMBE, t. V, n° 38 ; RÉZETTE, « Date de la conception et source de la légitimité », p. 58 ; GRAULICH, « Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime », pp. 65 à 72.

instance en séparation de corps. Le mari entend désavouer l'enfant. Il invoque l'impossibilité physique d'avoir eu des relations avec sa femme au début de la période légale car l'épouse était incarcérée pour adultère. Il invoque en outre qu'à la sortie de prison l'ordonnance du président du tribunal est intervenue, ce qui entraînait une impossibilité morale de cohabitation. La cour de Cassation approuve ce cumul des deux preuves qui embrassent alors toute la durée des 121 jours.

Cet arrêt n'a sans doute pas une portée absolument générale. Il ne contient pas « d'attendu » de principe et a été rendu dans une hypothèse où l'obligation de fidélité existait. La femme n'était pas tenue de cohabiter avec son mari, mais elle était tenue de ne cohabiter avec aucune autre personne. Il peut donc sembler assez normal d'exiger du mari qu'il *démontre* (indirectement) l'inconduite de son épouse. La présomption de fidélité qui repose sur une obligation pesant sur la femme doit être renversée autrement que par une simple affirmation.

Néanmoins, on peut estimer que la chambre des Requêtes a affirmé la nécessité de prouver l'éloignement pendant toute la durée légale de la conception, et non seulement pendant la petite partie de cette période au cours de laquelle les époux devaient cohabiter (15).

Mais le mari aurait-il apporté la preuve de son éloignement pendant les 121 jours légaux, que sa paternité ne devrait cependant pas être absolument exclue. Si l'on veut cerner de plus près la vérité biologique, il faut tenir compte de la possibilité d'une insémination thérapeutique.

C. — L'INSÉMINATION ARTIFICIELLE.

Bien que l'on manque de statistique à ce sujet (16) il est certain que ce procédé de conception n'est pas encore entré dans les mœurs françaises (17). Il serait, paraît-il, plus répandu aux Etats-Unis (18),

(15) Dans l'hypothèse où seul le devoir de cohabitation est éteint, n'est-il pas possible de trouver une confirmation de la règle énoncée, dans le texte de l'article 313 prévoyant le désaveu par simple dénégation lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance de résidence séparée intervenant au cours d'une action en divorce ? Ce texte, en effet, aurait été inutile si la jurisprudence avait estimé que la preuve de l'éloignement ne doit être rapportée que pendant le laps de temps au cours duquel subsiste l'obligation de cohabitation. Dans cette perspective, le mari désireux de désavouer l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance de résidence séparée n'aurait pas eu à établir son éloignement puisque, tout au long de la période légale de conception, il n'était pas tenu de cohabiter.

(16) Il est symptomatique de noter qu'aucun chiffre n'a été avancé pour la France au cours du 17^e Congrès de la Fédération des sociétés de gynécologie et d'obstétrique qui avait inscrit ce problème à l'ordre du jour.

(17) M. HANNEZO (« L'insémination artificielle de la femme », th. Nancy. 1953, dactyl.) cite les chiffres suivants : 1.000 enfants artificiels chaque année d'après Forbes (« Medico-legal aspects of artificial insemination » in « Medico-

surtout depuis la guerre de Corée. Bon nombre de médecins sont d'ailleurs opposés à cette pratique pour des raisons morales, religieuses, ou philosophiques (19). En jurisprudence, deux arrêts seulement ont fait allusion à ce procédé : dans un cas il s'agissait d'une action en divorce (20), dans l'autre d'une action en désaveu (21), mais les circonstances de la cause excluaient le recours à cette pratique.

Il convient néanmoins de se demander quelles solutions adopteraient les tribunaux si un mari, voulant désavouer un enfant pour éloignement, se voyait opposer par son épouse la preuve d'une insémination artificielle réalisée avec sa propre semence ? (22).

Si l'on entend les mots « impossibilité physique de cohabiter » dans le sens « d'impossibilité d'engendrer » on estimera alors que le demandeur n'a pas satisfait à toutes les exigences de l'article 312. Son éloignement ne l'a pas empêché de donner un enfant à son épouse. Nous verrons d'ailleurs que lorsque le désaveu est fondé sur une impuissance accidentelle, l'impossibilité physique de cohabiter a été interprétée parfois comme signifiant « impossibilité d'avoir des rapports sexuels aboutissant à la procréation » (23). Il suffirait alors en notre matière, pour faire triompher la vérité, d'admettre que ces rapports « sexuels » puissent être artificiels et pas seulement naturels. Mais un magistrat plus soucieux du respect de la lettre des textes pourrait aisément régler différemment le litige (24).

En réalité, puisque techniquement les deux positions peuvent être soutenues, c'est en fonction d'autres critères que s'effectuera le choix du magistrat.

Se laisse-t-il guider par le souci de la vérité ? Il refusera alors de prononcer le désaveu chaque fois que l'enfant est né de la semence envoyée par le mari (25). S'attache-t-il surtout à la valeur morale

legal and criminological review», vol. XII, 1944.138) ; 1.500 en tout selon Chantraine (« Drame et miracles de l'insémination artificielle », *France-Soir*, 11 sept. 1951).

(18) 10.000 cas en Amérique, en 1941, d'après Seymour et Kerner, chiffre cité par THÉLIN, « L'insémination artificielle », *Annales de Médecine légale*, 1947.209.

(19) Voir l'exposé de MM. Harteman et Louyot et les interventions qui ont suivi au cours du 17^e congrès médical précité (et rapporté dans le *Bulletin de la Fédération des sociétés de gynécologie* de 1957).

(20) Lyon, 28 mai 1956, D. 56.646, note BRETON.

(21) Paris, 10 févr. 1956, S. 56.20.

(22) Le professeur THÉLIN estime qu'en Droit suisse « il paraît d'emblée certain que l'enfant né d'une fécondation artificielle par du sperme extra-conjugal pourra être désavoué » (art. 254 C.C.S.). « L'insémination artificielle », *Annales de médecine légale*, 1947.209 (212).

(23) Nancy, 13 févr. 1957, D. 57.679.

(24) Position de M. DESBOIS, *Journées juridiques de la société de législation comparée*, 1965, p. 39.

(25) Cette solution semble être celle de R. SAVATIER, *Cahiers Laënnec*, « L'insémination artificielle ».

intrinsèque du procédé (26) ? Ou bien il l'estime condamnable : il n'en tiendra alors aucun compte (27) et prononcera le désaveu. Ou bien il l'estime moralement non répréhensible et donc refusera le désaveu, mais seulement lorsque le prélèvement aura été effectué soit sur le mari, soit sur un tiers mais avec le consentement du mari.

Si l'on se place en effet sur le plan de la moralité et une fois admise la validité du procédé, l'homme qui loin de son épouse consentirait à ce qu'elle soit fécondée par un tiers serait condamnable s'il voulait par la suite repousser l'enfant né dans ces conditions. Cette solution fut préconisée par les membres de la commission de réforme du Code civil (28). L'article 312 serait ainsi modifié : « Le désaveu n'est pas recevable s'il est établi par tous moyens de preuve que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers, du consentement écrit du mari » (29).

La filiation légitime reposerait dans cette dernière hypothèse sur la volonté des parents. On se trouverait à mi-chemin entre la filiation légitime, fondée (en principe) sur les liens du sang, et la filiation adoptive.

Les techniques nouvelles, sans bouleverser sur ce point notre droit du désaveu, obligeront cependant un jour ou l'autre la jurisprudence à prendre position dans le débat. Pourra-t-elle en l'absence de toute modification des textes le faire dans un sens favorable à la vérité biologique ? (30). Elle devrait alors, nous l'avons vu, entendre largement l'expression « impossibilité de cohabitation ». Il est permis de penser que telle pourrait être l'évolution car c'est déjà celle qui se dessine

(26) Qui pourrait résulter soit de son propre jugement sur le problème, soit de celui de l'opinion publique dominante.

(27) MM. RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1671, le considèrent pour leur part comme illicite.

(28) Travaux de la C.R.C.C., années 1950-1951, p. 164. M. ROUAT refusa cette solution. Voir, dans le même sens, A. PONSARD, « Les techniques biologiques et le Droit de la famille », conférence donnée au centre européen universitaire de Nancy en mars 1962.

(29) Certains auteurs estiment prématurée une intervention du législateur. Il est « plus sage de ne pas intervenir du tout dans la réglementation de l'insémination artificielle. Cette opération risque peu de prendre une extension fâcheuse... On peut laisser à la volonté des époux, à la conscience médicale, et à la jurisprudence le soin de résoudre les problèmes de fait et de droit », MERGER, Bulletin de la fédération des sociétés de gynécologie, XVII^e congrès, 1957.319 (336), et « L'insémination artificielle », J.C.P., 1957, I, 1389.

(30) Telle est la position du droit allemand. L'insémination artificielle équivaut à une cohabitation dès lors qu'elle a été réalisée avec la semence du mari. Le consentement de l'époux serait même sans influence, R.G.J.W., 1908.485, cité par DÖLLE, « Familienrecht », t. II, 1965, p. 46. Pratiquée avec la semence d'un tiers, l'insémination rendra possible la contestation de paternité, même si le mari avait donné son accord. Mais si à l'époque où a eu lieu l'insémination les conjoints cohabitaient, l'enfant restera légitime sauf si d'après les circonstances la paternité du mari est impossible (art. 1591-I-B.G.B.).

à propos du second cas de désaveu que nous allons étudier : l'impuissance du mari.

§ 2. — Désaveu pour impuissance accidentelle.

Le mari pourra désavouer l'enfant s'il prouve que pendant la période légale de la conception, il était « par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ».

Il est nécessaire de se reporter aux travaux préparatoires du Code civil pour mieux comprendre ce cas d'ouverture de l'action en désaveu. Ce problème fut en effet discuté à propos d'une question plus générale : l'impuissance du mari. Doit-elle lui permettre de rejeter de la famille l'enfant qui serait né de sa femme dans ces conditions ? Les orateurs furent unanimes pour rejeter l'impuissance naturelle comme cause de désaveu. Deux raisons furent invoquées. « La preuve de l'impuissance laisse toujours des doutes et est scandaleuse » (31). Et puis, il y avait là un moyen de sanctionner l'attitude de celui qui avait osé contracter mariage malgré son infirmité. « L'homme doit s'imputer de s'être marié dans cet état » disait Maleville (32).

Cependant, il n'a pas semblé raisonnable d'écarter du prétoire toutes les actions en désaveu fondées sur l'impuissance. Les mêmes raisons ne sont plus valables en présence d'une impuissance accidentelle, transformant celui qui la subit en « individu mutilé » (33). Il s'agit alors d'un fait physique sur lequel on ne peut se tromper (34), d'« une impuissance évidente et matérielle » (35) dont on doit rechercher l'origine « dans des combats » (36) par exemple. Pourrait-elle résulter d'une maladie ? Tronchet (35) s'était prononcé pour la négative

(31) BOULAY, « La législation... de la France », tome VI, p. 35. Cf. aussi DUVEYRIER : « La rareté extrême de ces cas monstrueux, s'ils existent, l'infamie et l'insuffisance des épreuves, l'obscurité insurmontable de la cause et de l'effet, avaient fait condamner par tous les esprits sages ce moyen ridicule d'attaquer et de détruire une présomption juste et favorable élevée par la loi au rang même de la vérité », cité par LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », t. V, p. 28.

Les rédacteurs avaient présents à l'esprit les abus auxquels avait donné lieu dans l'ancien Droit la procédure du « congrès » introduite vers 1550. Elle fut abolie par le Parlement de Paris en 1677 dans une espèce où un homme après l'annulation d'un premier mariage pour impuissance eut 7 enfants d'une seconde union. Cons. BARBARIN, « La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, du concile de Trente à la Révolution française », 1960, p. 18.

(32) LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », t. V, p. 33.

(33) Portalis, cité par LOCRÉ, *op. cit.*, t. V, p. 33.

(34) 1^{er} Consul, cité par LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 38.

(35) Tronchet, cité par LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », t. V, p. 35.

(36) Maleville, cité par LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », p. 37.

et Duveyrier pour l'affirmative (37). Dans une certaine mesure, la vérité retrouvait donc ses droits.

Postérieurement au Code civil, les tribunaux furent fort embarrassés lorsque s'est posé devant eux la question du désaveu par impuissance d'un conjoint. Les raisons qui avaient poussé les rédacteurs du Code civil à restreindre autant que possible ce cas d'ouverture ne sont plus ressenties aujourd'hui avec la même force (38).

L'impuissance peut parfois être médicalement prouvée de manière certaine et par des procédés qui n'ont plus rien de scandaleux.

Quant à la sanction que constituerait l'interdiction de désavouer un enfant pour le mari qui a dissimulé à sa femme son infirmité (39), elle est maintenant fort critiquable. En 1804, la légitimité était pour l'enfant la situation considérée comme la plus favorable. De sorte que le maintien de la filiation fictive était effectivement une sanction dirigée en principe uniquement contre le mari. La vérité était dissimulée, mais du moins l'enfant en profitait. Aujourd'hui au contraire nous savons que le désaveu, qui s'accompagne souvent d'un divorce, présente pour l'enfant l'avantage de permettre ultérieurement sa légitimation par le remariage de la mère avec le véritable père. De sorte que le maintien de la filiation fictive apparaît alors comme une sanction dirigée autant contre l'enfant que contre le mari. Il est difficile d'admettre que l'enfant subisse les conséquences de la faute commise par le mari de sa mère. Sans doute la famille implique-t-elle une certaine solidarité entre ses membres, mais cette sorte de responsabilité morale collective ne se comprend que si ceux qui la subissent sont à part entière des membres du groupe familial.

On comprend donc que les tribunaux aient essayé d'élargir le désaveu de l'article 312. Peut-on assimiler l'accident à une maladie, l'impuissance à la stérilité, la stérilité de la femme à celle du mari ? (40) (41).

(37) Cité par LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », p. 36.

(38) « Nul doute que cette rigueur du Code, prudente et sage en 1804, soit inacceptable aujourd'hui. Permettre à un homme d'invoquer un accident et lui refuser d'invoquer une maladie est un non-sens », MERGER, « Etude juridique de l'insémination artificielle », Bulletin de la Fédération des sociétés de gynécologie, 1957, travaux du congrès de Marseille, p. 319 (323).

(39) MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 886.

(40) Sur l'extension de l'article 312 en jurisprudence, voir TROCHU, « L'impuissance », D. 1965, chr. 153.

(41) L'avant-projet de réforme du Code civil autorise le désaveu (art. 490) lorsque le mari est « pour une cause médicalement établie de façon certaine dans l'impossibilité physique de procréer ».

A. — IMPUISSANCE ACCIDENTELLE ET MALADIE DU MARI.

Tous les tribunaux saisis de cette question ont estimé qu'une maladie pouvait entraîner l'impuissance accidentelle de l'article 312 (42). Certaines juridictions définissent « l'accident » comme un « événement fortuit quelconque » (43). D'autres exigent que l'accident résulte d'une « cause forfuite et extérieure » (44), d'« un fait externe » (45). Cette distinction nous semble « byzantine » car il conviendrait alors par exemple d'introduire des nuances selon que la maladie a ou n'a pas une origine microbienne (46). Et que faire lorsque la cause de la maladie reste inconnue ?

Pour rester dans la ligne de pensée des rédacteurs du Code, il eut sans doute été préférable de faire une distinction selon que la constatation de l'impuissance pouvait ou non résulter d'un examen clinique. Ceux qui en 1804 admettaient qu'une maladie grave pouvait être la cause d'une impuissance accidentelle pensaient sans doute à des événements tels qu'une intervention chirurgicale (47), une affliction atteignant directement les organes génitaux, ou plongeant le malade dans un état dépressif extrême, voire comateux (48).

En réalité dans la plupart des espèces citées, la conséquence de la maladie avait été la stérilité plus que l'impuissance.

B. — IMPUISSANCE ACCIDENTELLE ET STÉRILITÉ DU MARI.

L'expression « impuissance accidentelle » ne figure pas dans le texte de l'article 312. Mais il mentionne l'« impossibilité physique de cohabiter » par suite de « quelque accident ». Dès lors, le mari devenu par l'effet d'un accident non pas impuissant mais stérile, pourra-t-il s'appuyer sur son état pour agir en désaveu de paternité ?

Ici encore la pensée des rédacteurs n'est pas douteuse : la preuve de la stérilité autant que celle de l'impuissance naturelle était en 1804

(42) Montpellier, 31 janv. 1928, Tables G.P., 1925.1930, v^o Filiation, n^o 9 à 11 ; Trib. civ. Lille, 19 nov. 1946, J.C.P., 47.3566 ; Trib. civ. Bordeaux, 7 févr. 1951, D. 51.372 ; Nancy, 13 févr. 1957, D. 57.679 (implicitement), note FRÉJAVILLE ; Trib. civ. Domfront, 9 janv. 1955, D. 55.679.

(43) Trib. civ. Bordeaux, 7 févr. 1951, précité.

(44) Trib. civ. Marseille, 23 juill. 1953, D. 53, somm. 78.

(45) Trib. civ. Lille, 19 nov. 1947, précité.

(46) FRÉJAVILLE, note au D. 1957.679. DESBOIS, in Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, p. 34 : « Il ne paraît plus opportun d'éliminer les maladies et de ne retenir que les causes externes. »

(47) Trib. civ. Domfront, 9 juin 1955, précité.

(48) Toutefois si la preuve est facile en présence de malformations ou de mutilations (PIÉDELIEVRE-FOURNIER, « Médecine légale », 1963.527), « des états pathologiques graves n'excluent pas la possibilité des rapprochements sexuels » ; SOUBEIRAN, « De l'impuissance sexuelle en matière de désaveu de paternité », thèse de médecine, Montpellier, 1901.

obscur et scandaleuse. Elle devait donc être rejetée. Doit-on maintenir cette solution à une époque où les motifs justifiant l'interdiction sont bien souvent écartés ?

La jurisprudence s'est montrée particulièrement hardie (49). La signification du mot « accident » pouvait en effet servir un magistrat audacieux. Mais il semblait plus difficile d'interpréter l'expression « impossibilité physique de cohabiter » autrement qu'en lui donnant le sens d'« impossibilité matérielle de toute relation sexuelle ».

Néanmoins les tribunaux ont refusé de ne considérer que la lettre du texte. Ils donnèrent à l'article 312 le sens suivant : « inaptitude à avoir des rapports sexuels aboutissant à la procréation » (50).

Ils admirent aussi le désaveu dans des cas où l'impossibilité d'engendrer avait sa source dans les effets des oreillons (51) ou de l'action prolongée du radium (52).

Cette extension jurisprudentielle est pour nous particulièrement intéressante. Elle traduit chez les magistrats un souci d'accorder le droit et la vérité même si pour parvenir à ce but il est nécessaire de forcer le sens des textes.

Encore faut-il prouver, bien sûr, que la stérilité était certaine pendant la période légale de la conception (53). Cette interprétation extensive de la législation par les tribunaux n'a cependant pas pu être portée plus loin car elle aurait heurté directement le texte même des articles 312 et 313. Il semble bien par exemple que dans l'espèce tranchée par la cour de Paris le 19 février 1960 (54), le demandeur sollicitait une analyse spermatique pour démontrer son inaptitude *naturelle* à procréer. La cour n'a pas pu faire droit à sa demande parce que l'article 313 s'y opposait expressément. Mais de plus elle ne l'a pas voulu, car ce serait « donner une forme juridique au simple soupçon d'infidélité ». On ne peut s'empêcher de faire un rapprochement avec l'hypothèse dans laquelle un mari demande à prouver d'emblée sa non-paternité au moyen d'une expertise sanguine. Mais

(49) Elle « réalise un double tour de force : assimiler la stérilité à l'impuissance et la maladie à l'impuissance », MAYRAND, « La preuve de non-paternité », *in* La revue du barreau de la province de Québec, 1965, p. 177 (195).

(50) Trib. civ. Bordeaux, 7 févr. 1951, D. 51.372 ; Trib. civ. Marseille, 23 juill. 1953, D. 53, somm. 78 ; Nancy, 13 févr. 1957, D. 57.679.

(51) Nancy, 13 févr. 1957, précité.

(52) Trib. civ. Lille, 19 nov. 1946, J.C.P., 47.3566, note A. S., qui approuve la décision. De même LEVASSEUR, *in* « La revue du barreau de la province de Québec », 1963, p. 85 (105).

(53) Sur les difficultés de cette preuve : Trib. civ. Marseille, 23 juill. 1953, précité ; Paris, 10 oct. 1958, D. 59, somm. 29 ; SIMONIN, « Médecine légale judiciaire », p. 460 : « Le microscope permet de prouver facilement l'azoospermie. Cependant l'expert ne saurait affirmer qu'elle existait pendant la période de conception. »

(54) D. 1960, somm. 105.

le juge avait en notre matière un texte exprès qu'il lui était impossible de passer sous silence. Certes, l'article 313 parle d'impuissance et non de stérilité naturelle. Néanmoins, il eut été trop illogique de confondre les deux notions dans un cas et de les dissocier dans un autre.

Il est enfin un dernier problème important soulevé devant les tribunaux et tranché d'ailleurs par la cour de Cassation : quel rôle accorder à la stérilité temporaire de la femme, lorsque ce fait se situe pendant les seuls moments, à l'intérieur de la période légale de conception, où les époux étaient réunis ?

C. — IMPUISSANCE ACCIDENTELLE ET STÉRILITÉ DE LA FEMME.

Pendant la période légale de la conception, les seuls moments durant lesquels les époux avaient été réunis, correspondaient au début d'une période menstruelle de la femme. Le mari entendait utiliser cette coïncidence pour désavouer l'enfant de son épouse.

La cour de Cassation (55) a repoussé la prétention du demandeur car « même en tenant pour établi le fait invoqué celui-ci ne pouvait constituer, au sens de l'article 312 C. civ., l'accident de nature à mettre le mari dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme ». Ce texte ne peut en effet s'appliquer que si le mari prouve « son impuissance accidentelle ». Il n'a jamais envisagé la stérilité de la femme (56). Ajoutons qu'au-delà des arguments de texte, cette prétention du mari obligeait à réduire singulièrement la durée de 121 jours, durée légale de la conception ! Cependant, un nombre de plus en plus grand de couples règle aujourd'hui leurs rapports en fonction des périodes de fertilité de la femme et c'est un phénomène social auquel le Droit ne devrait pas rester insensible (57).

En dehors de ce cas de stérilité temporaire de la femme, il faut souligner les grands efforts de la jurisprudence vers la vérité dans l'interprétation de l'article 312. Cette remarque, déjà valable à propos de l'éloignement, est encore plus topique à propos de l'impuissance. L'article 312 est l'un de ceux ayant donné lieu de la part des magistrats à l'interprétation la plus libre afin de rendre leurs décisions conformes à la réalité biologique.

(55) Cass. civ., 22 juill. 1958, S. 58.307.

(56) Du point de vue médical « on est en droit de conclure... que très vraisemblablement le rapprochement sexuel n'a pas été fécondant s'il s'est produit avant ou après la période de fertilité physiologique », SIMONIN, « Médecine légale », 460.

Encore faut-il que la date du début du cycle menstruel soit connue avec certitude.

(57) Il est certain toutefois qu'une question de preuve fort délicate se poserait alors.

Il est vrai que l'éloignement du mari ou son impuissance sont deux circonstances qui excluent matériellement la possibilité d'une conception. Ces preuves, absolument convaincantes, se suffisent à elles-mêmes.

Mais elles sont souvent difficiles à apporter puisqu'elles sont inopérantes si leur existence est valablement contestée pendant un court moment. Cette rigueur s'explique par la double obligation légale pesant sur les conjoints : cohabiter et être fidèles. En conséquence, une forte présomption de paternité pèse sur le mari lorsque son épouse met un enfant au monde. Il sera difficile de la renverser.

Mais dès lors que cette obligation n'existe pas au moment de la conception, il sera beaucoup plus aisé de démontrer la non-paternité.

SOUS-SECTION II

IMPROBABILITE DE LA CONCEPTION EN RAISON DE L'ABSENCE LEGALE DE COHABITATION ENTRE LES EPOUX

Lors de la conception, ou bien les parents de l'enfant n'étaient pas encore mariés, ou bien ils avaient intenté une action en divorce déjà marquée par l'ordonnance du président du tribunal leur enjoignant de vivre séparément. Dans un cas la perspective du mariage rend possible la conception de l'enfant par le futur mari, mais la liberté légale complète des deux fiancés la rend fragile. Dans l'autre cas la subsistance de l'obligation de fidélité et la persistance d'habitudes antérieures plaident en faveur de la responsabilité du mari dans la conception. Mais la perspective du divorce la rend peu vraisemblable.

L'enfant a été conçu à une période d'attente, à une période transitoire pour la vie du couple. Ces circonstances expliquent que le désaveu soit facile, mais comme leur interprétation est malgré tout douteuse, le Code a créé des fins de non-recevoir dont il nous faudra examiner l'incidence sur la paternité du mari.

§ 1. — Conception de l'enfant au cours d'une instance en divorce.

Depuis 1850, la séparation légale des époux atténue la force de la présomption de paternité pesant sur les enfants. L'article 313 dans ses alinéas 2 et 3 autorise le mari à désavouer, dans des conditions particulièrement aisées, l'enfant conçu par son épouse au cours d'une

procédure de divorce ou de séparation de corps. Cet enfant est légitime car l'obligation de fidélité subsistait entre les époux au moment de sa conception; mais sa légitimité est précaire : il suffit que le mari (58) dans les délais impartis par la loi saisisse les tribunaux d'une action en désaveu, et une simple comparaison entre deux dates (celle de la naissance et celle des ordonnances prévues à l'article 313 al. 2) fera alors tomber la légitimité de l'enfant (59). Le désaveu est péremptoire (60).

Ce désaveu par simple dénégation est possible, de manière plus précise, lorsque plus de 300 jours se sont écoulés entre la naissance et l'ordonnance du président du tribunal de grande instance, rendue au cours de la procédure de divorce ou de séparation de corps, et autorisant les époux à vivre séparément.

Si la date de l'accouchement ne soulève pas de contestation, il n'en est pas de même pour le point de départ du délai résultant de l'ordonnance du magistrat. De nombreuses difficultés sont nées à ce sujet et la solution qui a finalement prévalu n'est pas toujours celle que commandait le respect de la vérité biologique.

Cette recherche de la vérité retrouvera au contraire ses droits dans l'interprétation de la « réunion de fait » entre époux, fin de non-recevoir à l'action en désaveu prévue à l'alinéa 3 de l'article 313.

A. — LE POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE 300 JOURS.

La loi du 27 juillet 1884 donnait comme point de départ à ce délai la décision du juge autorisant la résidence distincte des époux. S'il ne statuait pas sur ce point, le délai ne pouvait pas courir et le mari se voyait donc débouté de son action (61).

(58) M. ROUAST, (note au D.P., 1928.1.65) estimerait préférable dans ce cas que « tout le monde puisse faire tomber cette présomption... La logique y gagnerait, la moralité publique aussi ».

(59) Si du moins la femme n'allègue pas une réunion de fait avec son mari (art. 313, al. 3).

(60) V., par exemple, Cass. Req., 19 août 1872, S. 73.1.75, D. 73.1.479 (très net). *Contra* : DEMANTE, rapporteur de la loi du 6 déc. 1850, à l'origine de ce cas de désaveu. Pour lui, la modification législative ne consacrait pas un désaveu par simple dénégation. « Il n'est aujourd'hui question ni de faire cesser de plein droit par l'effet de la séparation de corps la présomption de paternité, suite du mariage, ni même d'attribuer au simple désaveu du mari un effet péremptoire. » Le demandeur pouvait simplement prouver par tous moyens sa non-paternité, D. 1850.4.207.

Il reste qu'aujourd'hui encore la présomption de paternité ne cesse que si une action en désaveu est intentée (la solution est différente lorsque l'enfant a été légitimé par le remariage de sa mère).

(61) Cass. civ., 1^{er} oct. 1941, S. 41.1.197, G.P., 42.1.5, rejetant le pourvoi contre Amiens, 13 mars 1934, G.P., 34.1.992.

La rédaction actuelle de l'article 313 alinéa 2 date du 19 février 1933. « En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance prévue aux articles 236 du présent Code et 878 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. »

Or ces deux textes : l'article 236 C. civ. et l'article 878 C. pr. civ. sont relatifs, l'un à l'ordonnance autorisant le demandeur en divorce à citer son conjoint en conciliation et éventuellement à résider séparément, l'autre à l'ordonnance constatant la non-conciliation et statuant, éventuellement elle aussi, sur la résidence séparée. Etant donné qu'elles interviennent à des moments différents de la procédure, laquelle des deux ordonnances doit finalement être prise en considération ?

Quelle solution servira le mieux la vérité ? L'idéal serait en règle générale de s'attacher à la séparation de fait des époux. A partir du moment où les deux conjoints mènent une existence indépendante, l'enfant a bien peu de chances d'avoir été conçu par le mari. Mais ni l'article 236 du Code civil, ni l'article 878 du Code de procédure civile ne retiennent cette notion de séparation de fait.

On pourrait toutefois penser que l'ordonnance enjoignant aux époux de vivre séparément marquera le point de départ de la séparation de fait et que donc c'est cette injonction, incluse selon les cas dans la première ou la seconde ordonnance (62), qui cernera de plus près la réalité. Mais il faut bien voir qu'en pratique si le juge ne statue pas sur la séparation des résidences, c'est parce que la séparation est déjà accomplie et non parce que les époux désirent continuer la vie commune.

Ainsi, la meilleure solution du point de vue de la vérité aurait consisté à retenir la date de la première ordonnance (citation du conjoint en conciliation) (63). Si, malgré ce premier acte de procédure, les époux avaient cohabité, le mari aurait pu invoquer la fin de non-recevoir tirée de la réunion de fait. Reconnaissons cependant que cette interprétation aurait conduit à ne pas tenir compte de la référence à l'article 878 C. pr. civ. contenue dans l'article 313 C. civ. (64).

(62) Si elle n'est jamais intervenue, le délai commencerait à courir au jour de la non-conciliation car cette date serait alors plus proche de la séparation effective.

(63) En ce sens AUBRY et RAU, t. IX, § 545, note 62 ; RIPERT, *Encycl. Dalloz*, v^o Filiation légitime, n^o 207 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n^o 161 ; Trib. civ. Seine, 26 janvier 1944, G.P., 44.2.94, J.C.P., 45.2794, note RODIÈRE.

(64) A moins de le faire jouer lorsque les conjoints se sont abstenus de demander la séparation des résidences pour une raison autre que la préexistence

Peut-être est-ce la raison pour laquelle la cour de Cassation en 1957 (65) a décidé que la date de l'ordonnance de non-conciliation devait en principe être retenue, sauf si l'ordonnance autorisant la citation du conjoint a en même temps fixé la résidence séparée.

Lorsque le juge a ordonné la séparation des résidences, une nouvelle difficulté surgit si l'époux qui doit quitter le domicile conjugal est cependant autorisé à y rester encore un certain temps de manière à ce qu'il ait la possibilité de trouver un autre logement (66).

Dans ce cas, trois dates pourraient être retenues comme point de départ du délai : celle de l'ordonnance fixant la résidence distincte, celle du départ effectif du conjoint, celle de la fin de la période qui lui était laissée pour trouver une autre habitation.

Le problème fut tranché par la Cour de cassation en 1958 (62). La troisième date avait été retenue en première instance (68). Mais l'arrêt confirmatif fut cassé par la cour suprême car on ne peut exiger une condition que ne comporte pas l'article 313 alinéa 2. C'est donc le principe général dégagé en 1957 qui doit recevoir application, c'est-à-dire en l'espèce, puisque la séparation des résidences avait été ordonnée, la date de cette ordonnance.

Cette solution est plus conforme à la vérité (69). Il est en effet très peu probable que les époux, tout en vivant sous le même toit, aient eu après cette date des relations sexuelles.

Ainsi le point de départ de ce délai de 300 jours qui autorisera le désaveu par simple dénégation n'a pas été fixé de manière à favoriser le plus souvent possible l'apparition de la vérité. C'est seulement dans un cas en principe exceptionnel que la solution dégagée servira assez bien la vérité.

Nous croyons qu'il eût été préférable d'accorder, en règle générale, une plus grande importance à la séparation de fait des époux.

d'une séparation de fait. Voir la position de M. RAYNAUD (note au D. 1958.561) qui commence par faire la distinction suivante : si le juge n'a rien ordonné à propos de la séparation des résidences parce que les époux « estimaient la vie commune compatible avec les hostilités » le délai ne peut courir ; si au contraire le silence du juge s'explique par une séparation de fait déjà consommée, le délai doit courir « à partir de l'ordonnance qui marque le début du procès ». Mais l'auteur reconnaît ensuite « qu'une telle distinction aurait malgré sa logique l'inconvénient pratique de l'incertitude ». En conséquence, il est préférable de fixer un point de départ unique : « l'ordonnance qui ouvre le procès en divorce ».

(65) Civ., 26 nov. 1957, G.P., 58.1.397.

(66) Cass. civ., 27 févr. 1924, D.H., 24.221. Il avait été attribué au mari à l'intérieur du logement commun « une chambre et une mansarde avec interdiction de pénétrer dans les autres pièces ». V. aussi Cass. civ., 13 nov. 1928, D.H., 28.590.

(67) Civ., 19 avr. 1958, D. 58.561, note RAYNAUD ; S. 58.203, G.P., 58.1.397.

(68) Trib. civ. Seine, 4 janv. 1954, G.P., 54.1.227.

(69) Bien que, vraisemblablement, elle ait été inspirée davantage par le respect des textes et l'économie générale de ce cas de désaveu.

Il est vrai que si cette notion n'intervient pas au moment de l'ouverture de l'action en désaveu, la preuve d'un rapprochement effectif des conjoints constitue cependant une fin de non-recevoir (art. 313 dernier alinéa).

B. — LA RÉUNION DE FAIT.

Le désaveu de paternité sera repoussé s'il y a eu réunion de fait entre les époux. Cette fin de non-recevoir, dans son principe, est indispensable pour la manifestation de la vérité. La cohabitation a pu en effet ne jamais cesser et les habitudes sexuelles antérieures se maintenir, sans même parler du cas où le divorce est le résultat d'une entente entre les époux qui utilisent ce moyen pour tourner l'ancien principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (ils se remarieront alors peu après le prononcé du divorce) ou pour séparer leurs biens (ils espèrent ainsi en soustraire une partie aux créanciers du mari).

Le dernier alinéa de l'article 313 soulève trois problèmes qui nous permettront de mesurer l'importance accordée au souci de vérité : qui peut l'invoquer ? Que doit-on entendre par l'expression « réunion de fait » ? Si les relations intimes sont établies, le désaveu sera-t-il systématiquement repoussé ?

— Les personnes susceptibles de soulever la fin de non-recevoir.

Il est clair que la fin de non-recevoir sera généralement soulevée par le défendeur, c'est-à-dire la mère. Pourrait-elle aussi être invoquée par le tribunal ? L'hypothèse pratique est la suivante : la mère a eu des relations, à la même époque, avec son mari et avec un tiers. La filiation de l'enfant est donc douteuse. Le mari intente cependant une action en désaveu. La mère peut avoir intérêt à ne pas invoquer la fin de non-recevoir, soit parce que l'enfant désavoué pourra ultérieurement être légitimé, soit même parce qu'elle préfère avoir seule des droits sur lui. Le Code civil ne précisant pas qui doit soulever la fin de non-recevoir, nous pensons que le tribunal serait en droit de le faire d'office si cette constatation ressortait des données de la cause. Mais en réalité, cette initiative ne servirait vraiment la vérité que si le tribunal avait le droit de s'assurer de la non-paternité du mari au moyen par exemple d'une analyse sanguine. Or la fin de non-recevoir n'est-elle pas péremptoire ? Nous retrouverons ultérieurement ce problème. Voyons d'abord quelle interprétation donner aux mots « réunion de fait ».

— L'interprétation réaliste de la notion de « réunion de fait ».

Tout le monde s'accorde évidemment pour dire que le terme « réunion » des époux doit s'entendre dans son sens sexuel. Si les

époux se sont rencontrés devant un maire au cours d'une tentative de conciliation (70), cette rencontre ne peut exercer aucune influence sur la filiation de l'enfant. Mais la femme doit-elle rapporter la preuve précise des relations sexuelles, ou bien peut-elle se contenter d'établir que, eu égard aux circonstances, ces relations ont été probables ou même simplement possibles ? Doctrine et jurisprudence sont divisées.

La cour de Bourges (71) avait interprété sévèrement notre texte. Mais cette position n'est pas celle de la majorité des juridictions. Il n'est pas nécessaire que les relations aient été aperçues par un témoin. Inversement, il ne suffit pas qu'elles aient été théoriquement possibles (72). Sinon, il y aurait automatiquement réunion de fait chaque fois que les conjoints ont habité le même appartement, suivant en cela les prescriptions du président du tribunal de grande instance. Mais il faut que les circonstances de l'espèce rendent probables les relations (73), qu'elles les laissent supposer (74). On pourra retenir par exemple le ton des lettres (75), l'entente qui semblait régner entre les époux jointe à leur attitude apparemment normale pendant toute la grossesse (70)... Cette dernière solution est particulièrement intéressante car les juges ont retenu des circonstances postérieures à la réunion de fait et qui tendent à établir la paternité autant que l'existence des relations. Faut-il en conclure que le mari est en droit de prouver que les relations sexuelles entretenues avec la mère — à les supposer certaines — n'ont pas entraîné la grossesse ?

— Le caractère péremptoire de la fin de non-recevoir.

Le texte de l'article 313 semble lier irrémédiablement l'existence de la fin de non-recevoir et le rejet de l'action : « l'action en désaveu *n'est pas admise* s'il y a eu réunion de fait entre les époux ». Le mari devrait donc être débouté chaque fois que la réunion de fait a existé et indépendamment de tout autre considération tirée de la réalité de la filiation.

Nous croyons que cette solution est effectivement imposée non

(70) Grenoble, 20 juill. 1949, D. 49.580. V. déjà DEMOLOMBE, t. V, n° 55 bis.

(71) Bourges, 28 nov. 1951, D. 52.151, J.C.P., 52.6817, note J. S.; MARTY-RAYNAUD, t. I, n° 482.

(72) Paris, 21 juin 1963, J.C.P., 63.13362, note ROUAST, D. 64.434, note GHESTIN. Cet arrêt a été cassé par Civ., 5 juill. 1966, J.C.P., 67.15055 bis, note MALAURIE, car la cour d'appel avait raisonné en termes généraux au lieu de rechercher si dans l'espèce qui lui était soumise les relations étaient vraisemblables.

(73) Cass. civ., 20 mars 1963, D. 63.585, J.C.P., 63.13298 ; Cass. civ., 4 nov. 1963, G.P., 64.1332 ; Cass. civ., 12 févr. 1968, J.C.P., 68.15482.

(74) Paris, 21 juin 1963, précité.

(75) Cass. civ., 15 mars 1949, Bull. Cass., 49.271.

(76) Cass. civ., 4 nov. 1963, précité. Les juges du fond apprécient souverainement la valeur des témoignages proposés. Cass. civ., 20 mars 1963, précité ; Paris, 26 févr. 1965, J.C.P., 65.14217, note R. B.

seulement par la lettre de l'article 313 mais surtout par l'économie de ce cas de désaveu. Dans le cadre du désaveu par simple dénégation, la non-paternité du mari repose sur une probabilité : l'absence de relation après l'ordonnance du président du tribunal. Le mari n'a pas à prouver l'absence de cohabitation et donc sa non-paternité. Le code a posé une présomption qui le dispense de la charge de la preuve. Or, précisément parce que la tâche du demandeur est très allégée, le code a allégé aussi celle des défendeurs. Puisque la non-paternité n'est pas à l'abri de tout soupçon, il est logique que la femme puisse aisément s'opposer au succès de l'action en désaveu. De même que la non-paternité s'induit de la date de la conception par rapport à celle de l'instance en divorce, de même la possibilité de la paternité s'induit d'un autre fait : la vraisemblance des relations. Mais jamais le problème n'est posé directement en termes de paternité ou de non-paternité. Ces éléments découlent d'autres éléments, ils n'ont jamais à être *prouvés* de manière distincte. Le problème ne se situe pas au niveau de la preuve et c'est pourquoi une expertise sanguine, type même de la preuve de non-paternité, ne serait pas, croyons-nous admissible (77).

Sans doute cette solution, du point de vue de la vérité, n'est-elle pas idéale. Il eut été préférable d'attacher une plus grande importance à la paternité elle-même plutôt qu'aux éléments dont elle est susceptible de découler. Néanmoins la vérité ne sera définitivement compromise que si aucun autre cas de désaveu ne peut être invoqué dès qu'existe la réunion de fait. Quelle est donc la portée exacte de cette fin de non-recevoir ?

Le dernier alinéa de l'article 313 est rédigé en termes très généraux de sorte que son champ d'application n'est peut-être pas restreint au désaveu fondé sur une conception pendant l'instance en divorce. En réalité, il n'est pas possible pour deux raisons d'étendre ce texte au-delà de l'hypothèse spécialement visée dans l'alinéa 2. D'une part, on ramènerait tous les cas de désaveu à un seul : l'éloignement du mari (les chances de voir la vérité se manifester seraient alors extrêmement faibles). D'autre part un article unique composait la loi du 6 décembre 1850 qui a introduit cette fin de non-recevoir. Elle faisait corps avec le reste de la modification législative qui a introduit le désaveu par simple dénégation (78). La preuve de la réunion de fait n'empêche donc

(77) *Contra* : MALAURIE, note au J.C.P., 1967.15055 bis ; BOULBÈS, « Les deux cas où l'enfant peut être désavoué par simple dénégation », J.C.P., 1968.1.2144. Mais nous croyons que l'arrêt du 5 juillet 1966 (J.C.P., 67.15055 bis) a exigé la vraisemblance des relations et non la vraisemblance de la paternité.

(78) Pour cet argument, voir Trib. civ. Toulon, 16 mars 1948, G.P., 48.1.252 ; Nancy, 3 mai 1948, G.P., 48.2.62 ; Bourges, 28 nov. 1951, J.C.P., 52.6817, note J. S., D. 52.151 ; Paris, 26 févr. 1953, D. 53.445, note HOLLEAUX.

nullement le mari de fonder une action en désaveu sur une base autre que l'article 313 alinéa 2 (le recel par exemple).

On se rend compte ainsi que les solutions légales et jurisprudentielles en matière de désaveu par simple dénégation, si elles permettent en règle générale d'accorder le fait et le droit, servent aussi parfois moins bien la vérité qu'une réglementation *a priori* plus sévère (preuve par tous moyens de la non-paternité).

Un souci plus grand de la vérité devrait conduire aux aménagements suivants :

— Recul du point de départ du délai de 300 jours jusqu'à la date de la première ordonnance du président du tribunal (la jurisprudence ne s'est pas engagée dans cette voie) ;

— Interprétation réaliste de la notion de « réunion de fait » (c'est le plus souvent celle qu'ont donnée les tribunaux) ;

— Possibilité pour le demandeur de combattre la fin de non-recevoir que lui oppose la mère (ou le tribunal) en *prouvant* son impossibilité de paternité. Mais sur ce point, une modification législative serait nécessaire.

Lorsque l'absence d'obligation légale de cohabitation résulte non d'une autorisation d'un magistrat mais de l'absence même de mariage, les cas d'application du désaveu par simple dénégation seront aisément déterminables. Les fins de non-recevoir soulèveront au contraire de grandes difficultés. Mais le souci de la vérité, souvent très faible dans les décisions du XIX^e siècle, tend aujourd'hui à retrouver ses droits.

§ 2. — Conception de l'enfant avant le mariage de ses parents.

Un enfant naît dans les 180 premiers jours du mariage de ses parents. Depuis les arrêts Degas et Hérainval, cet enfant est légitime et non légitimé. L'application de la présomption « *pater is est* » repose certes sur une extension de l'article 312 C. civ. (la naissance pendant le mariage, indépendamment de la date de la conception, confère la légitimité), mais au-delà du texte sur deux données : les fiancés ont entretenus des relations intimes avant d'être mariés (79) et l'homme estime que l'enfant en est le fruit.

(79) L'Institut National d'Etudes démographiques a publié, en 1961, les résultats d'une enquête portant sur le thème suivant : « Recherches sur la fécondité biologique. Etude d'un groupe de familles nombreuses », P. VINCENT. Le chapitre V, « Conception et nuptialité », contient un développement relatif aux conceptions pré-nuptiales. On range dans ce groupe toutes les familles pour lesquelles un intervalle inférieur à 8 mois sépare le mariage de la première naissance. « La proportion paraît s'établir aux environs de 23 % pour l'ensemble

Néanmoins la présomption existe en droit même si ces deux éléments ne se rencontrent pas en fait. On comprend dès lors que le désaveu soit grandement facilité, d'autant plus qu'aucune obligation de fidélité ne pesait sur la femme et que généralement l'absence de vie commune empêchait le futur mari de veiller sur sa fiancée. Les plus grandes facilités de preuve seront donc accordées au mari pour repousser cet enfant. Mais en contrepartie les rédacteurs du Code ont estimé que certaines circonstances déterminées venaient renforcer à un tel degré la présomption de paternité que celle-ci devait alors être définitivement affirmée.

L'enfant des fiançailles se trouve ainsi soumis à un régime juridique caractérisé par son automatisme. Il suffit au mari de nier en justice sa paternité pour que l'enfant soit désavoué, mais la mère dispose de son côté de diverses fins de non-recevoir. De même que le mari n'a pas à *prouver* sa non-paternité, de même son épouse n'a pas non plus de preuve contraire directe à fournir pour s'opposer au désaveu. La place réservée à la vérité risque donc d'être très faible.

A. — LE SOUCI DE LA VÉRITÉ
OPPOSÉ AU CARACTÈRE PÉREMPTOIRE DU DÉSAVEU
PAR SIMPLE DÉNÉGATION.

La tâche du demandeur est particulièrement aisée, le désaveu par simple dénégation obéit dans son fonctionnement à des règles simples et rigides. Mais son automatisme s'accorde mal avec une recherche précise de la vérité, ce qui devrait permettre de limiter le champ d'application de cet article 314.

— Le caractère automatique du fonctionnement du désaveu.

Le mari, à l'appui de sa demande, doit simplement prouver deux faits : la date du mariage (80) et celle de la naissance. Si moins de 180 jours (81) séparent ces deux moments, le juge devra prononcer le désaveu (sous réserve des fins de non-recevoir que nous examinerons plus loin). Sa liberté d'appréciation lui est retirée. Il ne peut pas exiger du mari des précisions complémentaires concernant sa non-

de la population française alors qu'elle ressort à 27 % dans l'échantillon.» En 1964, 70.000 enfants sont nés moins de huit mois après le mariage de leurs parents (Rapport de l'I.N.E.D. au ministre des Affaires sociales à propos de la régulation des naissances en France, Population, 1966, n° 4, pp. 646 et suiv.).

(80) En cas de mariage posthume (art. 171 C. civ.), « les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux ». C'est donc cette date et non celle du mariage qu'il convient alors de prendre en considération.

(81) Le *dies a quo* est compté, exceptionnellement et par faveur pour la légitimité, dans le calcul des délais (Trib. civ. Clermont-de-l'Oise, 17 nov. 1949, J.C.P., 50.5275, note J. SAVATIER).

paternité (82) et il n'a aucun pouvoir d'investigation. Si les conditions légales sont remplies, il doit se contenter d'assister, impuissant, à l'exposé de la prétention du mari et prononcer le désaveu même si son bien-fondé lui paraît hautement improbable. L'enfant en réalité est peut-être né du mari mais la vérité doit s'effacer devant le droit discrétionnaire du chef de famille.

Il est souhaitable dans ces conditions que le champ d'application de l'article 314 soit strictement limité et que le désaveu par simple dénégation soit souvent écarté au profit d'un désaveu par preuve de non-paternité. Mais pour certains, le désaveu par simple dénégation est seul applicable à l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage.

— Le caractère exclusif de l'article 314.

L'article 314 ne s'applique certainement pas à l'enfant qui, étant né entre le 180^e et le 300^e jour suivant le mariage de ses parents, choisit de placer sa conception « ante nuptias ». D'une part c'est la date de la naissance qui est seule prise en considération par l'article 314; or nous nous sommes placés dans l'hypothèse d'une naissance survenant après le 180^e jour suivant le mariage. D'autre part, comme l'enfant choisit librement la date de sa conception, même s'il la place « ante nuptias » il n'y a là aucune garantie de vérité. Or la raison d'être de l'article 314 est la certitude d'une conception antérieure au mariage.

Seuls les « enfants des fiançailles » peuvent donc être désavoués par simple déclaration. Mais, pour cette catégorie d'enfants, le désaveu est-il seul à pouvoir être utilisé ? Le problème se pose lorsqu'existe une fin de non-recevoir spéciale à l'article 314 : le désaveu par simple déclaration est alors impossible, mais le mari pourrait-il repousser la présomption de paternité en établissant le recel de naissance ou bien son éloignement lors de la conception ? En doctrine comme en jurisprudence les opinions divergent.

La cour de Paris (83) repousse tout autre désaveu que celui de l'article 314. M. Boulbès (84) explique cette position en disant qu'il existe deux catégories d'enfants légitimes : ceux qui sont conçus

(82) Cf. art. 495 de l'avant-projet de réforme du Code civil : « Le mari peut également, sans avoir de preuve à fournir, désavouer l'enfant né avant le 180^e jour du mariage. »

(83) 13 mai 1966, J.C.P., 66.14904, note R. B. ; 23 févr. 1967, J.C.P., 68.15383 ; 24 nov. 1967, J.C.P., 68.15384.

Dans le même sens : Cass. Req., 28 févr. 1869, D. 70.1.147, note BEUDANT ; Trib. civ. Seine, 3 janv. 1948, Tables G.P., 46-50, n° 56 ; Paris, 8 févr. 1952, D. 52.182, note HOLLEAUX.

(84) Sous la présidence duquel ont été rendus les trois arrêts récents, J.C.P., 1966.14904, précité. Voir aussi son article au J.C.P., 1968.1.2144, « Les deux cas où l'enfant peut être désavoué par simple dénégation ».

pendant et ceux qui sont conçus avant le mariage, chacune d'entre elles étant soumise à des règles de désaveu « propres et distinctes ». Mais l'existence de deux catégories différentes n'exclut pas automatiquement tout rapport entre elles. Repousser un désaveu fondé sur l'article 312 ou 325 se comprendrait si ces cas de désaveu présentaient moins de garanties que l'article 314 ou encore s'il fallait à tout prix maintenir la légitimité de l'enfant. Or d'une part la présomption de paternité est très fragile lorsque l'enfant a été conçu avant le mariage. D'autre part le désaveu par preuve de non-paternité est, du point de vue de la vérité, une voie très sûre et beaucoup plus difficile puisqu'au lieu d'affirmer un fait il va falloir en démontrer l'existence.

La position de la cour de Douai (85) nous semble donc préférable. L'utilisation du désaveu par simple dénégation doit être facultative, le mari doit pouvoir refuser cette faveur que lui accorde l'article 314 lorsqu'elle se retourne contre lui.

Ainsi, le désaveu par simple dénégation est une voie qui ne s'impose pas au mari, mais s'il l'utilise le juge perd tout pouvoir d'appréciation dès lors que les conditions légales de délai sont remplies.

Certains magistrats n'ont pas admis aisément ce simple rôle de vérification qui leur était imparti. Ils ont essayé de recouvrer leur liberté dans l'appréciation des fins de non-recevoir qui peuvent être proposées par les défendeurs (86).

B. — LE SOUCI DE LA VÉRITÉ OPPOSÉ AU CARACTÈRE PÉREMPTOIRE DES FINS DE NON-RECEVOIR.

Le mari devra être débouté de sa demande 1°) s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° s'il a assisté à la rédaction de l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui; 3° si l'enfant n'est pas né viable.

La troisième fin de non-recevoir de l'article 314 repose sur l'idée qu'il est inutile de soulever en justice des débats douloureux alors que l'enfant n'a aucune personnalité juridique. Le mari n'aurait aucun intérêt juridique à agir.

(85) 10 juill. 1962, D. 63.289, S. 63.185.

Dans le même sens, MARTY-RAYNAUD, t. I, 178; LAGARDE, Rev. trim. dr. civ., 1957.207; DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1963.535; NERSON, Rev. trim. dr. civ., 1968.132.

(86) « Ce qui enlèvera à ce cas de désaveu son automatisme de principe », écrit M. CARBONNIER, t. II, n° 67.

Les deux premiers cas sont l'application d'un principe général selon lequel on ne peut plus exercer un droit auquel on a renoncé (87). En épousant la jeune fille qu'il savait être enceinte, ou en signant l'acte de naissance, le mari a implicitement reconnu et admis sa paternité. Telle était par exemple l'opinion de Duveyrier : « Il faut... que le mari n'ait laissé échapper soit au moment du mariage, soit au moment de la naissance, aucun signe, aucun aveu volontaire exprès ou tacite de sa paternité » (8).

Le fondement même de ces fins de non-recevoir conduit à poser deux problèmes. Le désaveu doit-il systématiquement être rejeté chaque fois que la demanderesse établit l'existence d'une fin de non recevoir, ou bien ne doit-on prendre celle-ci en considération que si elle traduit dans chaque hypothèse l'aveu de paternité du mari ? Par ailleurs l'existence d'une fin de non-recevoir ne va-t-elle pas empêcher pour l'avenir tout désaveu, même en dehors de l'article 314, puisque le mari a renoncé à écarter sa paternité ?

— Les moyens de combattre les fins de non-recevoir.

Le problème se pose concrètement dans deux hypothèses : le mari a connu la grossesse mais prétend s'être trompé ou avoir été trompé sur la véritable paternité de l'enfant, ou bien il a participé à l'acte de naissance mais prétend n'avoir obéi qu'à une prescription de la loi.

On imagine aisément dans la première hypothèse à quels procédés déloyaux la future mère désireuse de se faire épouser peut recourir. Tantôt elle trompera le « père » sur la date de la conception de manière à la faire coïncider avec celle des relations. La date même de la naissance ou bien l'état de développement et le poids de l'enfant à la naissance (9) feront découvrir la supercherie. Tantôt elle évitera soigneusement de lui parler de ses autres amants et le mari apprendra trop tard son infortune.

Il est clair dans ces deux cas que le mariage n'aurait vraisemblablement jamais été célébré si le fiancé avait connu les faits qui lui sont ultérieurement révélés. L'homme savait néanmoins que la femme qu'il allait épouser attendait un enfant. Cette circonstance suffit-elle pour rendre impossible le désaveu par simple dénégation ?

La Cour de cassation l'avait admis dans un arrêt ancien : « cette disposition (l'article 314), absolue dans ses termes et fondée sur l'aveu

(87) Paris, 8 févr. 1952, D. 52.182, note HOLLEAUX.

Contra : GRAULICH, « Éléments constitutifs de la filiation légitime », p. 53. Il invoque l'imprescriptibilité et l'indisponibilité des actions d'état. Mais l'action en désaveu, par exception, est au contraire éteinte à l'expiration d'un certain délai.

(88) Cité dans LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 296.

(89) Ces mentions sont contenues dans le « carnet de santé » de l'enfant remis à l'accouchée à sa sortie de clinique.

tacite de la paternité de l'enfant de la part du père, est exclusive de la preuve contraire » (90). La même solution fut reprise à regret plus récemment par la cour de Grenoble (91).

Mais deux autres cours d'appel, celle de Douai et celle de Paris (92), ont vigoureusement pris position en faveur d'une application moins systématique de la fin de non-recevoir de l'article 314. Elle peut être écartée « lorsque l'origine de la grossesse dans le temps a été cachée par fraude au futur mari dans le but de lui faire croire faussement que l'enfant est issu de ses œuvres » (93). Il y a fraude lorsqu'une « tromperie consciente et intentionnelle » (94) avait pour but de persuader le fiancé d'une paternité certainement inexacte.

D'ailleurs en matière d'aveu non équivoque de paternité dans une action fondée sur l'article 340, la Cour de cassation a admis que le défendeur ne pouvait être déclaré le père s'il était revenu sur sa conviction initiale dès qu'il avait été avisé de l'époque probable de la naissance (95). Se marier avant de connaître exactement la situation équivalait peut-être à un aveu des relations, mais non à un aveu de la paternité.

En cas de pluralité d'amants, la fin de non-recevoir reste péremptoire car les affirmations mensongères de la mère concernant sa fidélité ne peuvent que faire douter de la paternité sans l'exclure (96).

Le recours à la notion de fraude n'était pas le seul moyen possible pour écarter la fin de non-recevoir tirée de la connaissance de la grossesse. On aurait pu aussi considérer que dans un certain nombre de cas le mari, tout en étant au courant de la grossesse, n'en avait cependant pas eu une véritable connaissance. Connaître la grossesse, c'est connaître non seulement son existence mais aussi les conditions essentielles dans lesquelles la conception a eu lieu.

Quoi qu'il en soit, la solution retenue par les cours de Paris et Douai est pour nous fort intéressante car la non-paternité du mari constitue, en même temps que la tromperie, l'élément déterminant permettant d'écarter la fin de non-recevoir, donc d'admettre le désaveu. Il reste néanmoins qu'en cas de pluralité d'amants, donc dans

(90) Cass. Req., 28 déc. 1869, D.P., 70.1.147, note BEUDANT.

(91) Grenoble, 29 mai 1952, D. 52.729, note GIVORD. La cour relève « la bonne foi » du mari. La vérité néanmoins ne pourra pas être connue.

(92) Douai, 29 janv. 1952, D. 52.201, J.C.P., 52.7287, note J. SAVATIER, et 10 juill. 1962, D. 63.289 ; Paris, 13 mai 1966, J.C.P., 66.14904, note R.B. ; 23 févr. 1967, J.C.P., 68.15383 ; 24 nov. 1967, J.C.P., 68.15384.

(93) Paris, 24 nov. 1967, précité.

(94) Paris, 23 févr. 1967, précité. Cette tromperie rappelle celle qui est exigée en matière de recel de naissance (art. 313). Un élément matériel et un élément intentionnel coexistent.

(95) Cass. Req., 25 oct. 1938, D.H., 38.611. Voir *infra*, p. 339.

(96) Voir la note de M. R. B. au J.C.P., 1966.14904, et son article précité au J.C.P., 1963.1.2144.

une hypothèse où la paternité est aléatoire, le désaveu de l'article 314 ne sera jamais admis. La solution aurait pu être différente si l'on s'était attaché non pas au moyen employé par la mère — la fraude — mais au résultat atteint : une connaissance inexacte de la grossesse. Mais à vrai dire aucune des deux issues n'est satisfaisante (admission du désaveu ou admission de la fin de non-recevoir). Seule la preuve de la non-paternité permettrait à la vérité de se manifester (97). Le recours à des cas de désaveu autres que l'article 314 peut seul permettre de donner au litige une issue conforme à la vérité.

Le problème se pose en termes voisins lorsque le mari a signé l'acte de naissance de l'enfant. Déclarer une naissance est une obligation juridique pour le père légal (art. 56 C. civ.). S'il a accompli cette formalité uniquement pour obéir au vœu de la loi, devra-t-on lui appliquer la fin de non-recevoir de l'article 314 ? Le mari qui a seul assisté sa femme au moment de l'accouchement devra-t-il choisir entre deux solutions inhumaines : encourir les peines de l'article 346 du code pénal ou bien accepter de consacrer définitivement une filiation non conforme à la vérité ?

Pour éviter cette impasse le mari dispose de divers moyens dont l'efficacité est variable.

Sans doute ne pourrait-il pas signer l'acte en y inscrivant des réserves. L'officier d'état-civil, conformément à l'article 35 du Code civil, refuserait de consigner dans ses registres une mention par laquelle le « père » déclarerait ne signer que pour obéir au vœu de la loi (98). Mais ne pourrait-il pas du moins expliquer sa position à l'officier public de manière à ce que celui-ci puisse en témoigner au cours du procès ultérieur ? La cour d'Amiens s'y est opposée, réaffirmant à regret le caractère péremptoire des fins de non-recevoir (99). L'aveu implicite de paternité qui est la raison d'être des fins de non-recevoir n'a aucune existence autonome. Une fois que cet aveu s'est intégré à l'ordre juridique sous une certaine forme, cette forme existe désormais seule, indépendamment de ce qui lui a

(97) En Droit allemand, si la preuve des relations pré-nuptiales est faite, le mari ne peut plus désavouer l'enfant qu'en *prouvant* sa non-paternité. DÖLLE, « Familienrecht », t. II, p. 47.

(98) Tronchet avait cependant admis au cours des travaux préparatoires cette possibilité pour le mari de faire dans ce cas des réserves. LOCRÉ (*op. cit.*, t. V, p. 86) ajoutait dans son commentaire qu'elles pourraient être déposées « avant la confection de l'acte de naissance à un officier public ».

(99) Amiens, 10 mai 1950, G.P., 50.2.104. Les circonstances de la cause « créent une ambiance favorable à la thèse » du demandeur.

Voir aussi Trib. corr. St-Amand, 30 oct. 1934 (rapporté par LACARDE, Rev. trim. dr. civ., 1935.121), et Paris, 8 févr. 1952, D. 52.182, note HOLLEAUX.

servi de cause. Comme dans les actes abstraits, on ne peut plus détruire la forme en détruisant la cause.

Pour la même raison un second moyen risque de ne pas être efficace : celui qui consistait à ne pas indiquer dans l'acte de naissance l'identité des parents. Certes l'aveu de paternité serait alors bien difficile à établir, mais les tribunaux interprétant strictement l'article 314 peuvent accueillir la fin de non-recevoir puisque objectivement toutes les conditions posées par l'article 314 sont remplies (100).

Une dernière ressource pour le mari consiste alors à refuser de signer l'acte de naissance. Il lui faudra d'ailleurs une grande énergie (101) pour résister aux pressions de l'officier d'état civil. Mais le procédé sera efficace. L'article 39 C. civ. prévoit d'une manière très générale cette hypothèse puisqu'il impose que soit inscrite la cause du refus de signer. La signature du mari est un des éléments constitutifs de la fin de non-recevoir; si donc l'acte de naissance n'est pas signé par le mari, le désaveu par simple dénégation sera autorisé sans réserve.

Les fins de non-recevoir, qu'il s'agisse de la connaissance de la grossesse ou de la signature de l'acte de naissance, laissent donc à la vérité une place faible. Leur automatisme s'accorde mal avec une recherche précise de la vérité.

En présence d'une fin de non-recevoir qui, en fait, ne constitue pas un aveu de paternité le mari ne peut espérer repousser cette paternité que si deux propositions sont admises : 1° l'« enfant des fiançailles » peut être désavoué par une autre voie que l'article 314; 2° les fins de non-recevoir de l'article 314 ne s'appliquent qu'au désaveu par simple dénégation.

— La portée des fins de non-recevoir de l'article 314.

Le problème, pour raisonner sur le cas de la connaissance de la grossesse, est le suivant : le fait d'épouser une jeune fille enceinte compromet-il définitivement l'exercice de toute action en désaveu ? Il peut effectivement dans certains cas en être ainsi. Par exemple si le mari savait pertinemment qu'il ne pouvait être le père de l'enfant

(100) Nous pensons néanmoins que la paternité pourrait être discutée, mais sur la base de l'article 325. L'article 314 envisage en effet le « désaveu » de l'enfant. Or, le mari ne peut pas désavouer un enfant qui ne lui est pas encore rattaché.

(101) En ce sens : LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1935.121 et 1950.489 ; HOLLEAUX, note au D. 1952.182 ; A. RIOU, « Les filiations frauduleuses », *Th. dactyl.*, Paris, 1951, p. 21.

M. GRAULICH (*op. cit.*, p. 54, note 26) estime cette solution inadéquate car « le Code a certainement entendu parler du cas où, pour une cause extérieure, le comparant est dans l'impossibilité de signer ». Mais rien ne justifie une interprétation aussi rigide de l'article 314.

parce qu'il n'avait jamais eu de relations sexuelles avec sa fiancée, on peut estimer qu'il a alors renoncé définitivement à exercer un quelconque désaveu. Mais ce sera à la mère de *prouver* que son mari a renoncé à ses droits.

Il nous paraît en effet essentiel de bien voir le parallélisme que le Code a établi entre cas d'ouverture de l'action et fins de non-recevoir. Les fins de non-recevoir n'ont pas de raison d'être si elles s'appliquent à un désaveu ordinaire car la preuve de la non-paternité doit alors être rapportée. Elles sont au contraire indispensables pour limiter le désaveu par simple déclaration car la non-paternité ne résulte dans ce cas que d'une présomption. La conception hors mariage n'est pas en soi un signe de non-paternité; pour qu'elle le devienne il faut — soit que d'autres éléments positifs de preuve s'y ajoutent mais on quitte alors le domaine du désaveu par simple dénégation —, soit du moins que certains éléments ne viennent pas contredire la conviction naissante de non-paternité. Si ces éléments existent, le désaveu doit être refusé car le droit ne peut se montrer souple à la fois pour l'établissement de la non-paternité et pour les fins de non-recevoir de l'action. Mais une grande sévérité dans la preuve de l'absence de paternité rend inutile toute fin de non-recevoir. Le connaissance de la grossesse, en dehors du cadre de l'article 314, peut donc être un obstacle au désaveu; mais elle ne constitue plus une fin de non-recevoir (102).

C'est finalement à la constatation d'une légère évolution dans le sens de la vérité que nous a conduit l'étude de l'article 314. La Cour de cassation au XIX^e siècle interprétait le texte à la lettre. Un certain nombre de cours d'appel préférèrent aujourd'hui l'interpréter selon son esprit, ce qui permettra plus souvent au mari de rejeter une paternité fictive. Nous pensons cependant que la vérité aurait été plus sûrement atteinte si, au lieu d'écarter dans certains cas les fins de non-recevoir en enfermant en contrepartie « l'enfant des fiançailles » dans le cadre de l'article 314, la jurisprudence avait au contraire admis facilement l'existence des fins de non-recevoir tout en permettant au mari d'utiliser tous les cas de désaveu. Un désaveu qui ne repose pas sur la preuve de la non-paternité risque en effet d'être dangereux pour la vérité.

(102) De même, certains actes tels que l'organisation par le père de la cérémonie du baptême ou la recherche anxieuse d'une nourrice pour l'enfant (DEMOLOMBE, t. V, n° 70; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1683) peuvent être considérés dans des espèces particulières comme traduisant une volonté de renoncer à exercer l'action en désaveu. (La liste des obstacles au désaveu n'est pas limitative: Grenoble, 7 nov. 1905, D. 07.2.101, et sur pourvoi: Cass. Req., 19 mai 1908, S. 09.1.58). Mais ces attitudes ou ces actes ne peuvent être assimilés à des fins de non-recevoir générales.

Lorsque l'adultérinité de l'enfant ressort des circonstances de la conception, le Code a voulu une certaine rigidité, un certain automatisme du désaveu. Aucune preuve complémentaire n'est exigée parce qu'on pense que la vérité est alors établie avec suffisamment de certitude.

Mais lorsque la conception se situe au cours d'un mariage apparemment paisible, aucune séparation légale n'étant en vue et aucune séparation de fait continue n'étant consommée, déclarer impossible la paternité du mari est une entreprise difficile. On ne pourra y parvenir qu'en analysant de près les circonstances dans lesquelles se sont déroulées la grossesse et la naissance. C'est de ce côté qu'il faudra rechercher la condition de recevabilité et la vérité ne pourra être établie avec certitude que si d'autres présomptions s'ajoutent à ce premier élément de preuve.

SECTION II

DESAVEU ET CIRCONSTANCES DE LA GROSSESSE ET DE LA NAISSANCE : LE RECEL

La conception s'est déroulée dans des conditions qui, légalement du moins, ne permettent pas de suspecter la paternité du mari. Le doute va naître de l'attitude postérieure de la mère : elle a caché à son mari la naissance de l'enfant. Il faut en effet imaginer des circonstances exceptionnelles pour qu'une femme cache à son mari la naissance de l'enfant qu'il a engendré. Une telle attitude incline fortement à penser que l'enfant est né de relations adultérines, bien qu'il ait été déclaré à l'état civil comme étant né du mari (103).

Le recel de naissance est réglementé par l'article 313 ainsi rédigé « le mari ne pourra... désavouer l'enfant... même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père ».

Il apparaît à la lecture de ce texte que le succès de l'action en désaveu pour recel est subordonné à la démonstration de trois faits : l'adultère de la femme, la dissimulation de la naissance et la preuve de non-paternité du mari. Il apparaît aussi immédiatement que le

(103) Rappelons d'ailleurs que lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne contient aucune indication sur sa filiation, il y a là encore une hypothèse de recel caractérisé, mais à l'égard de la société et non pas obligatoirement à l'égard du mari. Nous avons étudié cette question à propos de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime.

troisième élément (la preuve de non-paternité) est lui-même conditionné par l'établissement des deux autres. Duveyrier disait au cours des travaux préparatoires du Code civil : « Le mari a déjà prouvé le crime de sa femme et le mystère dont elle a enveloppé le fruit de son crime... Ne serons-nous pas entraînés vers la vérité ou du moins vers le besoin d'en rechercher l'évidence ? » (104).

Il est au contraire plus difficile de savoir si le demandeur doit rapporter d'abord la preuve du recel ou bien celle de l'adultère. La formule du Code civil est ambiguë. La Cour de cassation a pris position dès 1866 (105) : L'adultère doit être établi « en même temps que les autres faits de l'ensemble desquels résulte la non-paternité du mari ».

On voit alors se dégager la physionomie de ce cas de désaveu. Dans un premier temps, le mari devra prouver que sa femme lui a caché la naissance d'un enfant; s'il réussit, il devra alors dans un second temps prouver qu'il n'en est pas le père et que sa femme lui a été infidèle. Cette décomposition du procès nous fournit la division de nos développements.

§ 1. — Le recel de la naissance.

Le droit français ne permet pas au mari d'établir librement devant les tribunaux que l'enfant mis au monde par sa femme n'est pas né de ses œuvres. Il n'est admis à faire cette preuve que lorsqu'il a, au préalable, donné à sa demande un caractère suffisant de vraisemblance.

Les rédacteurs du Code civil ont pensé qu'en cas de recel cette condition était remplie, qu'elle permettait de douter de la fidélité de l'épouse et que donc la démarche du mari ne pouvait être purement téméraire. On peut dire que le recel apparaît comme un véritable adminicule à l'action du mari, adminicule qui en affaiblissant la présomption de paternité va ouvrir le désaveu. De manière plus précise, quelles conditions doivent être remplies pour ouvrir ainsi au mari l'action en désaveu ? Elles sont au nombre de deux : le recel procède — de la volonté consciente et délibérée de la femme — de cacher à son mari sa grossesse ou son accouchement.

A. — L'ÉLÉMENT MATÉRIEL :

LA DISSIMULATION DE LA GROSSESSE OU DE L'ACCOUCHEMENT.

La vérité a tout à gagner et n'a rien à perdre dans une conception large de l'élément matériel du recel puisque la conséquence de

(104) Cité par LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », t. V, p. 44.

(105) Cass. Req., 31 juill. 1866, D. 67.1.297, S. 66.1.417.

la dissimulation n'est pas le succès de l'action en désaveu mais seulement l'autorisation de prouver la non-paternité. Voyons donc si la jurisprudence a fait de l'élément matériel du recel un obstacle aisément franchissable. Le problème s'est posé à propos de l'objet de la dissimulation et de sa durée.

L'article 313 ne vise expressément que le cas où la « naissance » a été cachée au mari. Mais très vite la jurisprudence a été mise en présence d'un recel de grossesse : une femme avait soigneusement caché son état pendant sept mois et ne l'avait finalement révélé *in extremis* à son mari (qu'au surplus elle avait quitté depuis plus de deux mois) que dans des circonstances injurieuses pour lui. Le mari pouvait-il désavouer l'enfant sur la base du recel ? La Cour de cassation l'a admis car « la naissance implique tout à la fois la grossesse et l'accouchement » (106).

C'est grâce à une interprétation large du mot « naissance » que la Cour suprême a pu donner raison au demandeur. Cette solution est hardie : l'acception extensive du mot « naissance » est peu usitée (107) et surtout on connaît la faveur du Code pour la légitimité des enfants nés de deux personnes mariées. En réalité elle n'a pu donner cette solution qu'en s'inspirant de l'esprit de la loi.

Le conseiller Mesnard expliquait dans son rapport sur le pourvoi « Si favorable que soit la condition des enfants qu'abrite cette grande protection du mariage, si respectable que soit la présomption de légitimité qui s'attache à leur naissance, il faut cependant en certains cas que cette présomption faiblisse devant les exigences de la raison et de la *vérité* ; il faut, quand elle se présente presque sous les formes de l'évidence, que la réalité l'emporte sur la fiction. » D'ailleurs, dans l'esprit des juges, le désir de construire une famille vraie était peut-être moins important que celui d'éviter un scandale. L'annotateur de cet arrêt au Sirey recommandait la solution en ces termes : « pour éviter que cette cause de désaveu ne soit frappée de stérilité au préjudice de la morale publique que le législateur a voulu surtout sauvegarder ». Si donc en règle générale la sauvegarde de la moralité publique pousse les magistrats à se montrer rigoureux dans les actions en désaveu, dans le cas particulier d'une femme qui révélerait de façon éhontée et au dernier moment sa grossesse coupable, le scandale se trouve du côté du rejet de l'action en désaveu et non du côté de son admission.

(106) Cass. Req., 7 janv. 1850, D.P., 50.1.5.

(107) Littré : Naissance ; par ext. biol. (peu usit.) : apparition et début du développement d'un individu vivant.

La solution donnée en 1850 a été reprise par toute la jurisprudence ultérieure (108).

Pendant combien de temps la femme doit-elle avoir caché son état ? La jurisprudence n'a jamais fixé une durée précise au-delà de laquelle la femme qui n'aurait rien révélé serait coupable de recel. D'ailleurs les diagnostics de grossesse ne sont parfois établis que de nombreux mois après la conception, et la femme ne peut, bien sûr, cacher ce qu'elle ignore. Tout est donc ici question d'espèce. On peut dire cependant en règle générale que le recel existera matériellement si la femme a, ne serait-ce qu'un moment, caché ce dont elle était certaine (109). La position des tribunaux est donc réaliste.

Un arrêt de la cour de Paris du 14 juin 1963 (110) a toutefois décidé que cette règle doit se combiner avec la présomption légale de durée des grossesses. Le mari ne peut pas démontrer que son épouse était enceinte avant la fin de la période légale de conception. « On ne saurait, sans méconnaître les dispositions légales réduisant en faveur de la légitimité à 180 jours le temps de gestation d'un enfant au cours du mariage et en se fondant sur l'état physique de l'enfant lors de sa naissance, décider que la mère était enceinte avant cette date ».

Examinons les conséquences de cet arrêt et prenons l'exemple type d'une femme dont le début de la grossesse se situe 280 jours avant l'accouchement. Au moment où se termine la période légale de conception, elle est enceinte de 100 jours, donc de plus de 3 mois. En pratique elle est vraisemblablement au courant de son état (111). Pourtant, juridiquement, elle ne peut être coupable de recel puisqu'on ne peut pas démontrer qu'elle était enceinte.

Si l'on veut respecter jusqu'au bout la fiction légale, il faudrait logiquement attendre encore plusieurs semaines (4 au moins en règle générale) avant qu'elle ne soit certaine de son état et qu'elle ait pu le dissimuler. Et pendant 130 jours (plus de quatre mois de gestation), la femme pourrait impunément prendre toutes les précautions pour tenir son mari dans l'ignorance.

Ou alors faut-il admettre qu'aussitôt franchi le cap des 180 jours, le mari peut établir que son épouse a brusquement pris conscience avec certitude de l'existence en elle d'une enfant et qu'elle a frauduleusement voulu le dissimuler ? Mais cette possibilité heurte la

(108) Cf., par exemple, Cass. Req., 19 nov. 1929, D.H., 29.586 ; Cass. civ., 27 janv. 1953, S. 54.1.6 ; Riom, 4 avril 1962, D. 62.577, note COLOMBET, J.C.P., 62.12755, note ESMEIN, S. 63.21.

(109) Trib. civ. Seine, 8 févr. 1956, J.C.P., 56.9204, note SOUDÉ.

(110) D. 64, somm. 33.

(111) Les prestations de Sécurité sociale sont subordonnées à une déclaration de grossesse effectuée dans les 3 mois suivant la conception.

vraisemblance. Si vraiment la femme n'est enceinte que depuis une ou deux semaines, elle ne peut pas le savoir.

S'agissant donc de la durée du recel, la jurisprudence n'a pas fait preuve d'une aussi grande souplesse que dans la détermination de l'objet de ce recel. C'est la présomption légale de durée des gestations qui est à l'origine de ces solutions peu satisfaisantes. La vérité commanderait que l'on puisse rechercher de manière précise quel délai s'est écoulé entre la connaissance de la grossesse (ce qui conduit à s'interroger sur la date de la conception) et la révélation de la naissance attendue.

Quoi qu'il en soit, l'ignorance de la naissance de la part du mari ne lui permettra pas dans tous les cas de prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant. Il doit encore établir d'autres faits conférant à ce recel une signification particulière. Les juges ont pu se montrer d'autant plus large dans l'appréciation de l'élément matériel du recel, qu'ils se montraient plus exigeants pour l'appréciation de l'élément intentionnel.

B. — L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL :

L'AVEU TACITE DE NON-PATERNITÉ DU MARI.

Le recel visé par l'article 313 C. civ. n'est pas la simple dissimulation matérielle de la naissance. La seule ignorance du mari ne suffit pas. Elle doit trouver sa source dans une volonté consciente et délibérée de la femme, volonté qui révèle un aveu tacite de non-paternité du mari. Le souci de la vérité se traduit dans la finesse des analyses du comportement et de l'état d'esprit de la femme.

1. — *L'ignorance du mari ne suffit pas.*

L'idée directrice en cette matière avait été fort bien mise en lumière par un ancien arrêt de la Cour de cassation datant du 7 janvier 1850 (112). « Il y a beaucoup moins à rechercher ce que le mari a pu savoir ou ignorer, que ce que la femme a voulu lui cacher. »

Il n'y aurait pas recel si le mari, parti depuis huit mois sans laisser d'adresse, découvrait à son retour que sa femme est sur le point d'accoucher.

Inversement, l'action en désaveu de l'article 313 alinéa 1^{er} C. civ. pourrait très bien être ouverte à celui qui a découvert par un pur effet du hasard l'état de grossesse avancée de son épouse (113).

(112) Req., 7 janv. 1850, précité.

(113) Cass. civ., 5 août 1891, D.P., 1892.1.567 ; Agen, 12 nov. 1948, D. 49.11.

Le recel est en effet un acte juridique, non un simple fait juridique : il doit résulter de la volonté de la mère et non d'un simple concours de circonstances.

2. — *La nécessité d'« une volonté consciente et délibérée de dissimulation de la part de la femme ».*

Cette formule est celle employée par la Cour de cassation (114). L'attitude de la mère doit être consciente : il n'en serait pas ainsi si cette épouse était une malade mentale (115).

Surtout les agissements de la femme doivent avoir été délibérés et prémédités. Elle voulait un certain résultat. Cette idée explique très bien la position de la jurisprudence dans les hypothèses où le silence de la femme était le seul adminicule sur lequel se fondait le désaveu du mari. La mère, qui vivait généralement séparée de fait de son mari, n'avait rien fait pour l'avertir sans avoir cherché délibérément à lui cacher la naissance. Ce simple silence, selon la Cour de cassation (116), n'équivaut pas à un recel. La doctrine est elle aussi favorable dans son ensemble à cette solution (117). « Qui veut la fin veut les moyens » pourrait-on dire et celui qui veut vraiment conserver un secret ne se contente pas de ne pas le divulguer ; il prend aussi des précautions particulières, se traduisant par des actes positifs. N'est-ce pas là d'ailleurs l'application d'un principe plus général que l'on retrouve en matière d'obligations ? Le simple silence n'équivaut pas en principe au dol.

En notre matière, même un silence apparaissant comme suspect est insuffisant (118). Des précautions frauduleuses doivent avoir été prises (119), des artifices particuliers employés (120). Les tribunaux relèvent par exemple la clandestinité de l'accouchement (121), l'ab-

(114) Cass. civ., 19 oct. 1959, G.P., 59.2.295 ; Cass. civ., 14 nov. 1960, Bull. Cass., 60, p. 401 ; Cass. civ., 25 oct. 1961, Bull. Cass., 61, p. 381 ; Cass. civ., 30 oct. 61, D. 61.702, note HOLLEAUX.

(115) Cass. civ., 29 févr. 1960, Bull. Cass., 60, p. 105, rejetant le pourvoi contre Paris, 10 févr. 1956, S. 56.20.

(116) Jurisprudence constante : Cass. civ., 19 oct. 1959, précité ; Cass. civ., 5 janv. 1956, Bull. Cass., 56, p. 10 ; Cass. civ., 29 févr. 60, Bull. Cass., 60, p. 105 ; Cass. civ., 14 nov. 60, précité.

Contra mais dans ces deux espèces il y avait eu recel de l'accouchement : Dijon, 10 oct. 1929, D.H., 29.594, S. 30.2.23 ; Paris, 10 janv. 1941, D.A., 41.169.

(117) EISMEIN, note au J.C.P., 62.12755, seulement dans le cas où les époux vivaient séparément. COLOMBET, note au D. 62.577, seulement si la femme a caché son accouchement.

(118) Douai, 16 févr. 1948, D. 48.380.

(119) Montpellier, 21 oct. 1953, D. 53.727.

(120) Dijon, 10 oct. 1929, précité.

(121) Cass. Req., 6 févr. 1934, S. 34.1.136 ; Trib. civ. Avesnes, 21 déc. 1950, D. 51.83 ; Riom, 4 avril 1962, J.C.P., 62.12755, D. 62.577, S. 63.21.

sence de démarches auprès de la sécurité sociale pour l'obtention du carnet de maternité (122), l'inscription de l'enfant à l'état civil sous le nom du véritable père (ce fait étant à lui seul suffisant (123).

Mais l'analyse des exigences des magistrats doit encore être poussée plus loin. Les précautions prises volontairement par la femme pour entourer son secret doivent en effet être le signe d'une réalité plus profonde : son mari n'est pas le père de l'enfant qu'elle attend.

3. — *La non-paternité du mari doit être la cause de l'attitude de la femme.*

Le silence de la femme doit être révélateur d'un état d'esprit qui confère à la non-paternité de l'époux un certain caractère de vraisemblance. Le demandeur à l'action en désaveu doit établir les raisons profondes des manœuvres de dissimulation de la mère. La Cour de cassation dira « L'aveu tacite que le mari n'est pas l'auteur de la grossesse doit résulter de ce recel » (124). C'est là l'idée fondamentale qui domine notre matière. La femme redoutait peut-être la colère de son mari (125) ou l'arrêt d'une procédure de divorce déjà entamée. Les mauvais termes dans lesquels vivaient les époux peuvent expliquer que la femme ait tardé à mettre son mari au courant (126) ou encore la perspective d'une rencontre future pour déterminer qui obtiendra la garde de l'enfant (127). Son attitude ne justifie alors aucunement l'ouverture d'une action en désaveu. Elle traduit sans doute un désaccord entre les époux mais ne permet pas de penser qu'il a pour cause certaine une grossesse coupable.

L'étude objective des faits ne laisserait pas suffisamment entrevoir la vérité. Elle placerait l'observateur dans l'équivoque. C'est pourquoi la jurisprudence est plus exigeante : la non-paternité du mari doit avoir été le moteur des actions de la femme.

La condition de recevabilité ainsi imposée au mari rend son action difficile. Elle risque même d'entraîner le rejet d'une demande dont le bien-fondé aurait pu apparaître dans le cours ultérieur du procès. Il convient néanmoins de noter qu'en pratique la preuve des

(122) T.G.I. Belley, 21 déc. 1959, D. 60, somm. 53.

(123) Cass. civ., 3 nov. 1948, S. 49.148.

(124) Cass. Req., 17 nov. 1929, D.H., 29.586 ; Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, G.P., 47.241, D. 47.507, note CARBONNIER ; Cass. civ., 27 janv. 1953, S. 54.1.6 ; Amiens, 1^{er} févr. 1955, D. 56, somm. 41.

(125) Cf. déjà la déclaration de Malleville lors des travaux préparatoires du C. civ., cité par LOCRÉ, « Esprit du Code Napoléon », tome V, p. 47.

(126) Cass. civ., 14 nov. 1960, Bull. Cass., 60, p. 401 ; Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, précité ; sur les réserves concernant cette solution : ESMEIN, note au J.C.P., 62.12755.

(127) Cass. civ., 19 oct. 1959, G.P., 59.2.295.

manœuvres de la femme pour dissimuler son état peut tenir lieu d'aveu tacite (118). C'est la femme qui doit alors renverser la présomption en établissant que la raison psychologique profonde de son comportement était différente. Il est clair que si les tribunaux analysent avec tant d'insistance l'attitude de la femme (129), cette recherche psychologique est inspirée par le souci de la vérité. Ils veulent comprendre le comportement de la mère car ses mobiles peuvent seuls les éclairer sur le problème de la filiation de l'enfant.

La question de la vérité est ainsi posée d'emblée dès le début du procès. Ce barrage est, pour le demandeur, difficile à franchir. Mais en contrepartie la jurisprudence s'est montrée conciliante pour l'admission des deux autres éléments qui conditionnent encore le succès du désaveu (130). Une fois le recel établi, le mari est admis à prouver l'adultère de sa femme et sa non-paternité.

§ 2. — L'adultère de l'épouse.

Il est certain que, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, ce crime (commis par la femme) était à la base de l'action en désaveu. On mesurera la transformation qu'a subi cet élément de preuve en se référant par exemple à l'arrêt de la cour de Riom du 4 avril 1962 (131) : le demandeur doit établir le recel de naissance, la preuve de sa non-paternité « puis en troisième lieu *et d'ailleurs facultativement* (132), la preuve... de l'adultère de sa femme ».

Le premier recul de l'importance accordée à l'adultère fut enregistré dès 1866 lorsque, nous l'avons vu, la chambre des Requêtes (133) a admis qu'il pouvait être établi « en même temps que les autres faits desquels résulte la non-paternité du mari » (134). Ces deux preuves sont donc mises sur le même plan. L'adultère n'est plus une condition de recevabilité.

Mais ce même arrêt de 1866 contenait déjà à l'état implicite l'autre point sur lequel allait porter l'évolution. L'adultère n'a pas à être établi « d'une manière spéciale et distincte ». Il suffit qu'il le soit « d'une façon positive ». La chambre civile de la Cour de cassation

(128) Req., 27 janv. 1953, S. 54.1.6.

(129) La Cour de cassation contrôle la qualification de la notion de recel, Cass. civ., 30 oct. 1961, D. 61.702, note HOLLEAUX.

(130) Pour une attitude inverse, c'est-à-dire large admission du recel mais sévérité dans l'examen des preuves complémentaires, cf. Dijon, 10 oct. 1929, D.H., 29.594, S. 30.2.23 ; Paris, 10 janv. 1941, D.A., 41.169, J.C.P., 41.1682, note DESBOIS.

(131) D., 62.577, J.C.P., 62.12755, S., 63.21.

(132) C'est nous qui soulignons.

(133) Cass. Req., 31 juill. 1866, D. 67.1.297, S. 66.1.417.

(134) *Contra* avant cette date : Paris, 5 mars 1853, D.P., 53.2.166.

fut beaucoup plus nette le 15 mars 1955 (135). « Il n'était pas nécessaire que l'adultère de la femme soit spécialement et directement prouvé, la preuve que le mari n'était pas le père de l'enfant emportant nécessairement celle de l'adultère. »

La preuve de l'adultère de la femme est donc absorbée par celle de la non-paternité du mari. Cette solution avait été préparée par tout un courant de jurisprudence (136).

La disparition de la preuve formelle de l'adultère a sans doute été facilitée par les progrès de la science médicale (137). La preuve de la non-paternité du mari repose en effet maintenant de plus en plus souvent sur des expertises physiologiques susceptibles d'éclairer de manière indubitable la véritable filiation. L'impossibilité morale de paternité n'est plus le seul moyen à la disposition du demandeur.

Les données de la science, en permettant parfois d'écarter indiscutablement la paternité du mari, ont contribué à modifier la physiologie du désaveu pour recel de naissance.

§ 3. — La preuve de non-paternité du mari.

Elle est indispensable, même si le recel et l'adultère sont certains, car la femme peut avoir entretenu des relations à la même époque avec son amant et son mari. Le demandeur doit nécessairement administrer cette preuve par tous moyens (138). Mention doit en être faite par les juges du fond (139) qui apprécient d'ailleurs souverainement sa valeur probante (140).

(135) J.C.P., 55.8718, note P. E.

(136) Trib. civ. Lille, 10 mars 1947, D. 48.380 ; Montpellier, 10 mai 1946, D. 46.259 : « La coïncidence de la conception et de cet adultère n'a pas à être établie formellement » ; Agen, 12 nov. 1948, D. 49.11.

(137) Différents arrêts proposent comme preuve de l'adultère des faits susceptibles de démontrer scientifiquement que le mari de la femme n'est pas le père de l'enfant : par exemple l'expertise sanguine : Paris, 20 déc. 1947, D. 48.80 ; Paris, 19 nov. 1948, S. 49.2.34 ; l'état de développement de l'enfant en relation avec la date de retour du mari prisonnier : Angers, 18 janv. 1922, G.P., 22.1.331.

Quelques îlots de résistance néanmoins : l'adultère doit être établi de façon formelle : Dijon, 28 juin 1899, D. 00.2.71 ; Douai, 6 déc. 1905, Pandectes françaises, 07.180 ; Paris, 10 janv. 1941, D.A., 41.169.

L'adultère est « la clef de voûte du désaveu » : Douai, 16 févr. 1948, D. 48.380. L'expression semble être de DESBOIS, note au J.C.P., 1941.1683. L'idée est approuvée sous cet arrêt au Dalloz par J. C. ; cf. aussi Trib. civ. Aurillac, 22 déc. 1892, G.P., 1893.I.138, et pour le droit québécois reposant sur les mêmes idées : MIGNAULT, Droit civil canadien, t. II, p. 73 : « L'adultère est la cause, le principe, la condition du désaveu. » Mais la doctrine récente semble être d'avis contraire : MAYRAND, « La preuve de non-paternité » in la Revue du barreau de la province de Québec, 1965, p. 177 (190).

(138) Cass. civ., 4 oct. 1960, G.P., 61.1.81, D. 61, somm. 73.

(139) Cass. civ., 3 nov. 1948, S. 49.148.

(140) Cass. civ., 3 nov. 48 et 4 oct. 1960, précités.

Elle porte ou bien sur l'absence de toute relation intime entre les époux pendant la période légale de la conception, ou bien sur l'absence de lien entre ces relations et la naissance de l'enfant.

Dans le premier cas, il serait illogique d'exiger une impossibilité matérielle de rapprochement pendant toute la durée légale de la conception puisque l'article 312 *in fine* a prévu pour cette hypothèse un cas spécial de désaveu (141) et c'est à une simple impossibilité psychologique que le demandeur a recours.

Citons par exemple cet arrêt de la Cour de cassation : « Toute la procédure (de divorce) a suivi son cours régulier avec une animosité et une âpreté qui suffisent à démontrer que dans l'état d'esprit où se trouvaient les époux O..., aucun rapprochement n'était possible entre eux » (142).

Malgré la cohabitation des époux, les juges peuvent induire des circonstances de la cause que toute union entre eux était inconcevable : ont été relevés par exemple l'état d'hostilité provenant de la révélation de l'inconduite de la femme (143), la correspondance échangée entre les époux et notamment une lettre de la femme dans laquelle elle avouait que son adultère expliquait l'absence de toute relation conjugale avec son mari (144).

Le développement des techniques biologiques a orienté les demandeurs à l'action en désaveu dans une direction légèrement différente. Ils entendent démontrer que, scientifiquement, l'enfant n'a pu naître des relations susceptibles d'avoir existé entre les époux pendant la période légale de la conception. Pour cela, ils demandent à invoquer soit l'état de développement de l'enfant à sa naissance, soit une analyse sanguine.

La première expertise peut être fort utile lorsque la conception n'a pu matériellement se produire que pendant les derniers jours de la période légale, le mari étant auparavant absent. Un examen du nouveau-né peut en effet démontrer qu'il est venu à terme et ne présente aucunement les symptômes caractéristiques d'un enfant né après 6 mois seulement de gestation.

Les tribunaux ont effectivement tenu compte de ce premier moyen (145) et si cette solution semble souhaitable sur le plan pratique

(141) Cass. civ., 21 oct. 1958, Bull. Cass., 58.1.355.

(142) Cass. Req., 29 juin 1892, S. 95.1.213.

Voir aussi : Dijon, 10 oct. 1929, D.H., 29.594, S. 30.2.23 ; Paris, 26 févr. 1953, D. 53.445.

(143) Paris, 26 févr. 1953, D. 53.445, note HOLLEAUX.

(144) Trib. civ. Seine, 8 févr. 1956, J.C.P., 56.9204. En sens contraire : l'aveu cynique de la femme n'a pas à être retenu : Trib. civ. Charolles, 9 nov. 1893, G.P., 93.1.138.

(145) Angers, 18 janv. 1922, G.P., 22.1.331 ; Nancy, 3 mai 1948, G.P., 48.2.62 ; Paris, 26 févr. 1953, précité.

(146), il faut néanmoins constater qu'elle serait contraire au vœu des rédacteurs du Code civil s'ils entendaient interdire la recherche de la date exacte de la conception. Le problème n'a pas encore été soumis à la Cour de cassation. Mais nous ne pensons pas qu'elle s'opposerait à ce procédé puisqu'elle a admis que la preuve de non-paternité pouvait être rapportée par tous moyens (147).

Enfin, même si le rapprochement des époux a pu intervenir à un moment coïncidant avec celui où la conception a eu effectivement lieu, le mari n'est pas complètement désarmé. Il peut en effet demander au tribunal d'ordonner une expertise sanguine dont il espère que l'impossibilité de sa paternité ressortira (148). Ce moyen, utilisé de plus en plus fréquemment, a été admis par la Cour de cassation (149).

Les applications médico-légales de ces découvertes scientifiques se conjuguent ainsi avec les efforts de la jurisprudence. Celle-ci, avec beaucoup de finesse et aussi de liberté, a fait du recel une notion suffisamment souple pour s'adapter à chaque cas particulier et permettre alors, par les analyses psychologiques qu'elle autorise, d'approcher de plus près la vérité.

L'utilisation des techniques scientifiques, licite parce que la preuve de la paternité est libre lorsque le recel a été établi, est cependant la source de nombreuses difficultés qui, nous le verrons dans un second sous-titre, n'ont pas toutes été résolues au bénéfice de la vérité.

(146) Le mari peut cependant rencontrer des difficultés dans la mise en œuvre de cette preuve. La cour de Douai, le 25 sept. 1959 (J.C.P., 60.11429), a approuvé la position du directeur d'un hôpital qui avait refusé à l'huissier commis par le tribunal la communication des registres sur lesquels étaient consignées les circonstances de la naissance de l'enfant. Le secret professionnel du médecin s'y opposait. Et d'autre part le mari n'agissait pas « dans l'intérêt de la famille ».

(147) Cass. civ., 4 oct. 1960, G.P., 61.1.81.

(148) Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, D. 47.507, note CARBONNIER, G.P., 47.2.41 ; Trib. civ. Toulon, 16 mars 1948, G.P., 48.1.252 ; Paris, 19 nov. 1948, S. 49.2.34 ; Riom, 4 avril 1962, D. 62.577, note COLOMBET, J.C.P., 62.12755, note ESMEIN, S. 63.21.

Avant le développement des techniques biologiques, un tribunal avait tenu compte de la ressemblance entre l'enfant et l'amant de sa mère : Trib. civ. Brest, 5 mars 1913, D. 14.5.1, G.P., 13.1.439.

(149) Cass. civ., 11 oct. 1955, D. 56.213, G.P., 55.2.369 ; Cass. civ., 8 juill. 1964, Bull. Cass., 64.297.

SOUS-TITRE II

LA VERITE ET LA PREUVE PAR L'EXPERTISE SANGUINE EN MATIERE DE DESAVEU DE PATERNITE

L'analyse sanguine est-elle sur le point d'envahir tout le droit de la filiation ? Les moyens choisis en 1804 pour établir ou contester une filiation légitime ne semblent-ils pas archaïques et peu convaincants si on les compare aux procédés scientifiques formels que la biologie nous offre aujourd'hui ? « Est-il trop téméraire de penser que la vieille maxime juridique pourra être un jour parodiée en ces termes « *is pater est quem sanguis demonstrat* » ? (1).

A vrai dire, l'analyse comparée des groupes sanguins n'est qu'une des méthodes scientifiques permettant d'appréhender la vérité, de mieux connaître les liens de filiation entre deux personnes. Mais c'est celle qui est le mieux au point, et de plus c'est la seule qui semble utilisée en France (2).

Nous dirons cependant quelques mots des recherches anthropométriques. Elles sont particulièrement intéressantes car elles peuvent aboutir à une preuve positive de la paternité. Cette méthode « consiste dans l'analyse comparée des traits physiques de l'enfant et de ses générateurs possibles » (3). Il s'agit « de mesurer des longueurs et

(1) SIMONIN, « Médecine légale judiciaire », 479, et Annales de Médecine légale, 1946.285.

(2) V. cependant : Paris, 24 déc. 1963, J. Cl. civ., art. 312-330, 3^e fasc., n° 83, feuilles jaunes.

(3) HOLLEAUX, « Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en Droit allemand, suisse et français », Rev. intern. dr. comp., 1953.473 (487). « De la filiation en Droit allemand, suisse et français », 181.

des angles, puis (de) faire le décompte des valeurs communes aux diverses personnes en cause » (4), « de procéder à un examen somatique systématique du père et de l'enfant pour découvrir des traits communs, des détails morphologiques superposables » (5).

Ce procédé connaît en Allemagne une « vogue extraordinaire » (6). Il est utilisé aussi bien dans le cadre de l'action d'état (art. 644 Z. P. O. art. 1594-1591 B. G. B.) que de l'action alimentaire (art. 1717 B. G. B.), aussi bien pour prouver une paternité que pour l'exclure. Toutefois, si ce moyen de preuve prime les témoignages (7), il a cependant une force probante moins grande que l'expertise sérologique (8).

Quel degré de probabilité exige-t-on pour que l'expertise soit retenue ? Demander « que l'on apporte une preuve d'une certitude absolue serait une exigence exagérée » (9). Il suffit que toute personne sensée ne puisse raisonnablement en douter (10). Il est difficile d'établir un seuil statistique précis au-delà duquel un degré de probabilité suffisant est atteint. C'est une question qui relève de la libre appréciation des tribunaux (11). Ainsi une décision a déclaré suffisante pour les besoins pratiques une évaluation qui réduisait à 1 % la part du hasard pour expliquer les convergences d'indices (12). Mais une autre a retenu un désaveu alors que les chances d'exclusion de la paternité étaient évaluées seulement à 80 % (13). Une partie de la doctrine (14) recommande d'évaluer plus ou moins strictement le degré de sécurité de l'expertise, selon les autres faits déjà établis par ailleurs : ainsi, lorsque les rapports sexuels sont certains, il faut exiger le plus haut degré de probabilité pour exclure la paternité. Inversement les tribunaux peuvent se montrer moins exigeants lorsque tous les amants de la mère sont connus et peuvent être examinés (15).

(4) MEHL, « Techniques allemandes pour les recherches de paternité », *Annales de médecine légale*, 1946.289.

(5) SIMONIN et MEHL, « La recherche de la paternité en Alsace sous l'occupation allemande », *Annales de médecine légale*, 1946.285.

(6) HOLLEAUX, art. précité. Il est aussi utilisé en Suisse et au Danemark.

(7) B.G.H., J.Z., 51.643.

(8) L.G. Frankenthal Famrz, 1958.431, O.G.H.Z., 3.333.

(9) R.G.Z., 16061 ; V. aussi O.G.H.Z., 3.357 et 311.

(10) B.G.H.Z., 7.116.

(11) A condition, s'ils ne se rangent pas à l'opinion des experts, de ne pas laisser paraître dans leurs motifs un manque de connaissances techniques, B.G.H. Driz, 1961.258.

(12) O.L.G. Köln. N.J.W., 58.2120.

(13) O.G.H.Z., 3.357.

(14) Dünnebier in Driz, 1951-193.

(15) La doctrine scientifique estime généralement qu'à partir du seuil de 5 % de risques d'erreurs, la probabilité de la preuve positive ou négative de la paternité doit être considérée comme suffisante (HARRASER, N.J.W., 1962.659 ; WICHMANN, N.J.W., 1963.383, mais *contra* TEPLITZKI, N.J.W., 1963.382 qui retient le seuil de 1 %). A partir de 0,2 % la certitude est acquise.

La preuve de l'impossibilité de paternité par la seule expertise morphologique a été admise depuis longtemps (16). Il a fallu plus de patience pour vaincre les réticences lorsque le but de l'examen est d'établir une preuve positive, surtout lorsque cet examen ne se limite pas à choisir entre deux pères possibles. Mais la solution est maintenant bien acquise (17).

L'introduction de ces expertises morphologiques en France constituerait un progrès important en faveur de la vérité. Même si elles ne fournissent pas dans tous les cas des résultats absolus (18), elles constituent cependant des présomptions du plus haut intérêt. Mais, à vrai dire, peu de travaux scientifiques semblent avoir été entrepris en France dans ce domaine, ce qui explique sans doute le silence des plaideurs eux-mêmes (18 bis).

L'analyse comparée des groupes sanguins a donné lieu au contraire à de nombreuses études (19). Le Droit doit donc lui faire une large place. Il lui appartient en effet non seulement de prendre en considération les techniques mises à la disposition des particuliers (telle l'insémination artificielle) par la biologie, mais aussi d'utiliser les ressources qu'elle fournit pour parvenir à une meilleure connaissance des règles de transmission de la vie. « Tout le droit de la famille... est adossé à des données physiologiques » disait G. Renard (20). N'est-ce pas en ce sens, par exemple, que peut se manifester « l'esprit de réforme et d'évolution actuel » souhaité par le Garde des Sceaux (21) ?

Pour la détermination de la durée effective de la grossesse on parvient à situer beaucoup plus exactement qu'en 1804 la date de la

(16) O.L.G. Kiel, N.J.W., 47.48.598.

(17) O.L.G. Köln, M.D.R., 58.337 ; O.L.G. Hamm, N.J.W., 62.679, et surtout B.G.H.Z., 40.367. « Dans une expertise anthropométrique, il n'est pas rare que les experts parviennent à affirmer ou à nier la paternité d'un homme avec un tel degré de vraisemblance (même s'il s'agit de l'expertise d'un seul homme) que le juge peut la prononcer en toute liberté d'appréciation » ; *contra* : O.G.H.Z., 3.115, O.L.G. Köln, M.D.R., 57.620.

(18) Il semblerait notamment que ces méthodes soient rarement efficaces lorsque l'enfant a moins de trois ans. L.G. Bielefeld, I.S.83.67, rapporté à la G.P. du 28 février 1968, note PADIS.

(18 bis) Pour le droit belge : DODINVAL, « L'examen hérédo-biologique », *Journal des tribunaux*, 1965.257. V. encore sur l'ensemble du problème : MICHAELIDIS-NOUAKOS, *Rev. intern. dr. comp.*, 1953.44, « La preuve de la paternité et le progrès de la science ».

(19) Il est vrai que les recherches sur les groupes sanguins conduisent à des résultats très importants en dehors de leurs applications médico-légales. La même remarque n'est peut-être pas valable à propos des expertises morphologiques. Ce serait alors aux juristes à prendre l'initiative en soumettant ce problème aux médecins.

(20) « Le droit, l'ordre et la raison », 1927, p. 223.

(21) J. FOYER, au 37^e congrès de l'association nationale des avocats, « Le Monde », 5 juin 1965.

conception. Par une analyse comparée des groupes sanguins, il n'est plus indispensable de se référer aux conditions de la gestation pour écarter une paternité. Quel rôle les tribunaux ont-ils accordé à ce puissant moyen d'investigation et de découverte de la vérité ? A quels obstacles se heurtent-ils ? Doivent-ils toujours l'accorder lorsqu'elle est sollicitée par un plaideur et peuvent-ils l'ordonner si les parties ne l'ont pas réclamée ? (22).

(22) En dehors des expertises sanguines ou morphologiques, il est encore un autre moyen scientifique de preuve qui permet d'atteindre sûrement et simplement la vérité : l'examen de la couleur des yeux. « Lorsque s'unissent deux individus à yeux bleus, toute la descendance a les yeux bleus », J. ROSTAND, « L'hérédité humaine », p. 30.

CHAPITRE PREMIER

Pouvoir du juge d'ordonner une expertise sanguine demandée par un plaideur.

Le mari demande au tribunal d'ordonner une expertise sanguine. Il espère qu'elle donnera la preuve de sa non-paternité. Quelle sera la réponse des magistrats ?

Tout d'abord sont-ils obligés par la loi, d'accepter cette offre de preuve ? Non. En matière de filiation légitime, aucun texte n'impose la recherche de la vérité par ce moyen scientifique. Nous verrons au contraire qu'en présence d'une recherche de paternité naturelle la loi du 15 juillet 1955 a expressément prévu cette restriction de la liberté des juges. C'est une fin de non-recevoir qui est susceptible de faire échec à la demande de la mère. Le tribunal n'a donc pas le choix. Il doit l'ordonner si le défendeur la sollicite. Mais aucune disposition législative n'a modifié le droit du désaveu : en conséquence les juges ne sont pas légalement tenus d'ordonner la mesure proposée par le mari. Leur refus peut s'appuyer sur des considérations scientifiques ou juridiques.

SECTION I

LES OBJECTIONS SCIENTIFIQUES

Si l'expertise ordonnée conclut à l'impossibilité pour le mari d'être le père, le juge peut théoriquement refuser de prononcer le désaveu (1).

(1) C'est ce que firent les juges américains dans l'action en recherche de paternité intentée contre Charlie Chaplin en 1946. L'acteur fut considéré comme

Il n'est pas lié par le point de vue de l'expert. En fait, il serait alors dans une situation bien délicate. Le mari ne comprendrait guère que la justice tienne pour inopérante une vérité scientifiquement démontrée dont elle a elle-même ordonné l'établissement. Pour lui, le rapport des biologistes revêt une certitude qu'aucune présomption de l'homme ne peut atteindre ni affaiblir (2).

C'est pourquoi si l'analyse comparée des sangs apparaît comme un moyen douteux de parvenir à la connaissance de la vérité, les tribunaux préféreront ne pas y recourir plutôt que de se mettre en opposition avec les conclusions qui s'en dégageraient. Ils peuvent donc refuser le moyen de preuve sollicité en invoquant son manque de valeur probante. Que penser, scientifiquement, de ce point de vue ?

§ 1. — La valeur scientifique du procédé.

La possibilité d'exclure la paternité d'un homme (3) repose sur les données suivantes : le sang humain contient du plasma et des globules. Ces deux éléments ont chacun des propriétés particulières, et notamment on trouve dans le plasma des substances appelées agglutinines et dans les hématies (ou globules rouges) des agglutinogènes. Or les lois de la génétique (4) font apparaître que la transmission de ces substances, que l'on a pu isoler et classer en différents groupes (5), est héréditaire (6). Donc un agglutinogène de tel groupe dans le sang d'une personne, doit se retrouver dans le sang d'un de ses parents au moins.

le père de l'enfant bien que les tests sanguins eussent écarté cette paternité. Sur le pouvoir souverain des juges français d'apprécier les résultats de l'expertise : Cass. civ., 8 juill. 1957, Bull. Cass., 57.249.

(2) M. CARBONNIER, t. II, n° 105, parlant de « l'hermétisme » des certitudes en matière de preuves biologiques, pose la question suivante : « Un jugement rendu au nom du peuple ne devrait-il pas être intelligible à la masse ? » Il nous semblerait plutôt que le risque existe en sens inverse : l'admiration inconsidérée pour la science (cf. la faveur dont a bénéficié dans le public M. Naessens qui prétendait avoir trouvé un sérum contre certains cas de cancer) nous semble plus répandue qu'une attitude de défiance. Une décision de justice qui s'appuie, même exclusivement, sur la science biologique nous semble entraîner l'adhésion plus sûrement que si elle trouve son fondement dans le libre arbitre des juges.

(3) Ou la maternité d'une femme, si la paternité est certaine.

(4) Lois de von Dungern et Hirsfeld.

(5) Il existe, selon M. BARBIER, 360 variétés de sang humain (« L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », Rev. trim. dr. civ., 1949.345, et NADEAU (pour le droit québécois). « La science et le droit de la preuve », Association Capitant, 1957.598). Ce chiffre est certainement dépassé aujourd'hui, tous les traités médicaux signalent les progrès incessants réalisés dans cette matière.

(6) Toutefois les agglutinines n'apparaissent parfois qu'à l'âge de six mois. FOURCADE, « A propos de l'action en désaveu de paternité », Annales de médecine légale, 1946.290.

Prenons l'exemple d'un enfant du groupe A. Si la mère est du groupe B, c'est obligatoirement son père qui lui a transmis la substance A. Si le sang du mari de la mère ne contient pas cet antigène, il n'est certainement pas le père de l'enfant. Mais on voit aussi que l'expérience ne serait pas concluante si la mère avait appartenu au groupe A (7).

Toutefois, la multiplication des groupes (ABO, MN) et des sous-groupes, la découverte du facteur Rhésus, permettent d'atteindre la vérité dans des cas de plus en plus nombreux.

De plus on s'achemine vers une époque où le groupage sanguin pourra fournir au tribunal un indice utile de paternité.

D'une part, certains groupes sont peu représentés dans la population française : 10 % d'individus du groupe B, 40 % du groupe A. « Les chances qu'il s'agit du père réel seront plus grandes, et la coïncidence moins probable, si les sujets examinés appartiennent au groupe plus rare B que s'ils sont du groupe A » (8). On peut penser que la fréquence des sous-groupes sera elle aussi bientôt établie avec certitude.

D'autre part « le jour n'est pas loin où tout laboratoire d'hématologie médico-légale bien outillé sera capable de faire porter ses recherches sur un nombre élevé de groupes sanguins. Ce jour-là, nous aurons atteint dans nos déterminations une précision suffisante. Aussi notre réponse n'aura pas qu'une valeur négative. Dans certains cas... une réponse positive quant à la possibilité de filiation aura une valeur de preuve partielle contre l'accusé. Ainsi le stade de l'exclusion nous semble devoir être rapidement dépassé. C'est sous cet angle tout à fait nouveau qu'il faudra dans l'avenir considérer la recherche de paternité » (9). Le droit allemand s'est déjà engagé dans cette voie (10).

(7) Voici, d'après le docteur CHRISTIAENS (« La recherche de paternité par les groupes sanguins », 1939, p. 16), « les lois de l'hérédité en ce qui concerne les quatre groupes sanguins principaux. Elles font bien apparaître le mécanisme sur lequel repose l'expertise, en même temps que ses limites (en raison notamment des particularités du groupe O).

1^{re} loi : Les propriétés A et B étant dominantes sur O ne peuvent pas apparaître chez les enfants si elles ne se trouvent pas chez les parents.

Elle comporte les corollaires suivants :

a) Ces propriétés peuvent ne pas apparaître chez les enfants, même si elles se trouvent chez les parents.

b) La propriété O, récessive, peut apparaître chez les enfants, même si elle n'existe pas apparemment chez les parents.

2^e loi : Les parents appartenant au groupe AB ne peuvent pas avoir d'enfants du groupe O. »

(8) GUYOMAR, « Le concours médical », 6 juillet 1963, n° 27, p. 4643.

(9) PLANQUES et RUFFIÉ. Toulouse médical, 1950, p. 391. Dans le même sens : A. TÉTRY, « Le système sanguin Rhésus », 1950, p. 184.

(10) Les Landgerichte Göttingen (Nds Rpfl, 1958-188) et Köln (M.D.R.,

Actuellement, en tout cas, selon M. Simonin (11), « en prenant 1.000 hommes au hasard, on peut en exclure 84 ». M. Merger (12) cite, quant à lui, des chiffres plus importants qui sont ceux de Wiener : 1/3 de cas probants sur 73 cas étudiés. Et M. Goguey (13) reprenant les données du professeur Dérobert : « il existe une chance sur 2 ou 3 d'arriver à une exclusion de paternité » (14). Pour J. Rostand enfin « il y a au moins 50 (chances) sur 100 » (15).

Encore faut-il d'ailleurs que le laboratoire dispose d'échantillons sanguins appartenant au « père », à la mère et à l'enfant.

Scientifiquement donc, l'analyse comparée des groupes sanguins apparaît comme un moyen techniquement sûr (16). Les résultats fournis ne sont pas dans tous les cas probants, mais lorsqu'ils le sont il n'est pas permis de penser qu'ils n'ont été obtenus que par application d'une théorie douteuse.

Voyons maintenant dans quelle mesure les tribunaux ont reconnu à cette expertise la même valeur probante que les autorités scientifiques.

1962-309) ont admis une preuve positive de paternité : l'enfant possédait une série de facteurs sanguins héréditaires qu'il ne pouvait avoir hérité de sa mère et qui correspondaient à ceux du père présumé. La marge d'erreur était de 1 % ; cité par DÖLLE, « Familienrecht », t. II, 1965, p. 51.

(11) Médecine légale judiciaire, *op. cit.*, p. 478.

(12) « La recherche de la paternité » in « De l'embryon à la famille », p. 47, cité par MAZEAUD, t. I, 2^e vol., Lectures, p. 276. Ce chiffre est confirmé par CHRISTIAENS, *op. cit.*, qui s'appuie lui aussi sur les expériences de Wiener.

(13) « Reconnaissances et légitimations de complaisance », p. 152.

(14) Voici enfin les chiffres cités par la doctrine juridique sans référence précise à des ouvrages scientifiques :

1/3 (Avocat général VERDUN, dans ses conclusions sous Aix, 13 juin 1939, J.C.P., 39.1215).

1/2 (LEVASSEUR, Jurisclasseur civil, art. 312-330, 1^{er} fascicule, n° 6 et BARBIER, article précité, p. 348).

55 % (Michaelides NOUAROS, « La preuve de la paternité et le progrès de la science », Rev. intern. dr. comp., 1953, 43 (45). L'auteur cite, de plus, le professeur HOSEMANN d'après lequel on pourrait arriver à une proportion de 99 % si l'expertise, plus ample, était combinée avec d'autres observations.

En Angleterre, un projet de loi concernant la preuve de la paternité est à l'étude et le chiffre de 70 % pour l'exclusion de la paternité grâce aux tests sanguins a été avancé.

(15) « L'hérédité humaine », 1952, p. 44. Cette proportion est aussi celle de A. TÉTRY, « Le système sanguin Rhésus », p. 184.

(16) Les risques d'erreurs seraient de l'ordre de 1 pour 1.000 ou 1 pour 10.000, BARTHOLOMEW, The Modern law review, 1961.313, et ROSS, Harvard law review, 1958.466. Ces erreurs seraient dues à des phénomènes de mutation.

De plus, certaines injonctions sériques pratiquées immédiatement avant l'examen peuvent modifier transitoirement les réactions sérologiques, PIÉDELIEVRE-FOURNIER, « Médecine légale », p. 618.

§ 2. — La reconnaissance par les tribunaux de la valeur scientifique du procédé.

La Cour de cassation a décidé en 1949 (17) qu'une cour d'appel « ne pouvait pas rejeter une demande d'expertise sanguine au seul motif que la théorie de la preuve par comparaison des groupes sanguins est encore discutée scientifiquement et n'a qu'une valeur provisoire ».

Cet arrêt est très important. L'expertise sanguine qui constitue déjà « pour la presque totalité des généticiens... une loi biologique » constitue maintenant pour les juristes une règle suffisamment sûre pour être intégrée dans les principes du Droit (18). Toutefois sa mise en œuvre est techniquement délicate, les conditions dans lesquelles se réalisent ces expérimentations nécessitent de nombreuses précautions (19).

C'est sans doute cette raison qui a en partie incité la cour de Lyon (20) à exprimer des réserves à l'égard de cette technique. « Attendu que les preuves biologiques sont, en raison de ce qu'un savant auteur appelle l'hermétisme de leur certitude (21), inaccessibles à la masse des plaideurs réduits à leur égard à un acte de foi; qu'il est permis de ne pas avoir cette foi. » La cour cependant ne conteste pas la validité du procédé, elle conclut simplement de ces affirmations que le refus de consentir à la prise de sang est explicable.

C'est alors une raison juridique et non plus scientifique qui motive le rejet de l'expertise sanguine.

SECTION II

LES OBJECTIONS JURIDIQUES

Deux aspects de l'analyse sanguine soulèvent des objections sur le plan juridique. D'une part l'analyse sanguine est un mode de preuve non prévu par le Code civil et qui risque de s'intégrer difficilement dans le droit du désaveu. D'autre part c'est une technique qui

(17) Civ., 25 juill. 1949, D. 49.585, note CARBONNIER, Cass. civ. 17 juin 1953, J.C.P., 53.7822, note J. SAVATIER, D. 53.611.

(18) Voir CARBONNIER, note précitée.

(19) MERGER, op. cité; CHRISTIAENS, op. cité, p. 33; A. TÉTRY, op. cité, p. 191: « Il faut que la détermination du groupe sanguin soit très rigoureuse et que la nature des antisérums utilisés ne prête à aucune erreur. »

(20) Lyon, 3 juin 1958, J.C.P., 58, note R. SAVATIER.

(21) Il s'agit de M. CARBONNIER, op. cité, t. II, n° 105.

exige la participation des divers intéressés et qui va se heurter aux droits de la personnalité.

§ 1. — Les objections tirées du droit de la filiation.

Les deux premiers obstacles que nous allons rencontrer sont issus des règles gouvernant le désaveu. L'offre de preuve soumise aux magistrats se heurte d'abord au souci du législateur de ne faire découler la non-paternité d'un homme que de certains faits strictement précisés. Le mari s'entendra répondre que sa proposition est irrecevable. Cette première barrière à peine levée, en surgit une autre : elle prend appui dans le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Ils peuvent s'estimer suffisamment renseignés par les faits de la cause et par conséquent considérer comme inutile la mesure sollicitée. Elle sera déclarée non pertinente.

A. — IRRECEVABILITÉ DE LA DEMANDE.

Nous avons vu que l'on ne peut pas librement faire apparaître la vérité au cours d'une action en désaveu. Les moyens pour y parvenir sont soigneusement limités : le Droit français connaît le système de la preuve légale. Dans deux hypothèses seulement, la possibilité est offerte au mari de démontrer par tous moyens qu'il n'est pas le père de l'enfant de son épouse. Il s'agit du recel de naissance et du désaveu préventif. Sa demande d'expertise sanguine est alors en principe recevable. Dans tous les autres cas, elle ne sera pas admise.

1. — *Le problème en Droit positif.*

Il faut distinguer deux cas dans lesquels l'expertise sera refusée.

Ou bien le mari doit *prouver* qu'il n'est pas le père de l'enfant (art. 312). Mais alors cette démonstration ne peut résulter que de certaines circonstances bien déterminées parmi lesquelles ne figurent pas les procédés biologiques. Le pouvoir d'appréciation du juge ne s'applique qu'à l'existence de l'éloignement ou de l'impuissance accidentelle (22).

Ou bien il n'a pas à établir directement sa non-paternité ; celle-ci résulte automatiquement de la comparaison entre deux dates : celle de la naissance et celle, soit du mariage (art. 314), soit d'une ordonnance du président du tribunal rendue au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps (art. 313, al. 2).

(22) *Contra* : Trib. civ. Lille, 19 nov. 1946, J.C.P., 47.3566, à propos d'une stérilité du mari.

Ces deux articles laissent, certes, aux défendeurs la possibilité d'invoquer des fins de non-recevoir. Mais ici encore elles sont limitativement énumérées et n'abordent pas *directement* la question de la paternité du mari. Il peut sans doute contester l'existence de la fin de non-recevoir qui lui est opposée, mais non pas ses effets c'est-à-dire sa non-paternité.

L'expertise sanguine par exemple est sans influence sur la connaissance de la grossesse (art. 314). Même si on admet que cette circonstance ne doit pas être retenue lorsqu'elle est exclusive de tout aveu de paternité, il n'en reste pas moins qu'à partir d'une preuve biologique on ne peut déduire l'absence de toute conviction de paternité. La croyance en un fait ne peut être prouvée par l'existence de ce fait.

De même l'impossibilité d'une réunion de fait entre les époux, postérieurement à l'ordonnance de résidence séparée, ne peut résulter que de la preuve de l'absence de toute rencontre entre les deux intéressés.

L'idée qui explique ces solutions est la suivante : l'expertise sanguine détruit la présomption de génération. Or le Code civil (en dehors du désaveu pour impuissance accidentelle) n'a pas distingué présomption de cohabitation et présomption de génération. La non-paternité ne peut être recherchée que dans l'absence de rapprochement sexuel.

Ces solutions ont été consacrées en Droit positif par de nombreuses décisions (23).

La rigueur de la jurisprudence en présence d'une expertise sérologique demandée dans le cadre de l'article 312 s'explique peut-être aussi, en dehors des arguments de texte, par une crainte de voir ce moyen scientifique absorber en fait les autres conditions de recevabilité. Le juge n'aura-t-il pas tendance, s'il sait que le plaideur peut recourir à ce procédé pour appuyer ses prétentions, à se montrer moins exigeant pour l'appréciation des autres circonstances qui conditionnent l'action ? Nous avons montré, par exemple, que l'adultère en cas de désaveu pour recel de naissance peut résulter de la non-paternité du mari. C'est un arrêt de la Cour de cassation de 1955 (24)

(23) Désaveu de l'article 313, al. 1 (expertise recevable) : Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, J.C.P., 47.3757, D. 47.507, Paris, 10 déc. 1947, D. 48.80, Trib. civ. Toulon, 16 mars 1948, G.P., 48.1252 ; Paris, 19 nov. 1948, S. 49.234 ; Paris, 26 févr. 1953, D. 53.445, note HOLLEAUX ; Cass. civ., 11 oct. 1955, D. 56.213 ; Riom, 4 avr. 1962, D. 62.577, note COLOMBET, J.C.P., 62.12755, note ESMEIN.

Désaveu de l'article 312 (expertise irrecevable) : Cass. civ., 11 oct. 1955, précité ; Paris, 19 déc. 1960, D. 60, somm. 105. La cour de Riom (arrêt précité) estime que « la chose est peut-être regrettable, mais qu'elle est ».

(24) Civ., 15 mars 1955, J.C.P., 55.8718, note P. E.

qui a admis cet assouplissement. Mais tribunaux et cours d'appel avaient préparé cette solution dans les années d'après guerre (25). Or c'est justement à cette époque que la preuve scientifique a commencé à se généraliser. Cette coïncidence n'est pas fortuite. A deux reprises, la cour de Paris (26) a retenu l'expertise sanguine comme preuve de l'adultère.

Les tribunaux n'ont-ils pas redouté implicitement que petit à petit on en arrive à établir un éloignement ou une réunion des époux grâce aux conclusions fournies par un laboratoire ? Sur le plan législatif est-ce souhaitable ?

2. — *Le problème en législation.*

Nous pouvons même aller plus loin : une exigence plus impérieuse de la vérité devrait conduire à ouvrir largement le recours à l'expertise sérologique. Doit-on en faire un cas spécial de désaveu ? « Dans bien des domaines, après la phase technique, la phase du "savoir", se déroule la phase judiciaire, la phase du "devoir" et ... l'incertitude reparait » (27).

La question fut soulevée à différentes reprises, mais une réponse négative y fut apportée (28) car en matière de filiation légitime la vérité est d'abord au service de la famille (29). On ne peut permettre au mari de soupçonner la fidélité de son épouse chaque fois qu'elle mettra au monde un enfant, sans ruiner l'institution de la

(25) Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, D. 48.380 ; Montpellier, 10 mai 1946, D. 46.259 ; Paris, 20 déc. 1947, D. 48.80 ; Paris, 19 nov. 1948, S. 49.2.34.

(26) Arrêts du 20 déc. 1947 et 19 nov. 1948, précités.

(27) CASAMAYOR, « La Justice, l'Homme et la Liberté », 1964, p. 73.

(28) MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 887, et Association Capitant, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », 1949, p. 144 ; COLIN-CAPITANT, t. I, n° 1246 ; BARBIER, « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », Rev. trim. dr. civ., 1949 (n° 14) ; R. SAVATIER, « Recherche des groupes sanguins et preuve de la filiation », Cahiers Laënnec, 1949 ; « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 1964, p. 256, Travaux de la Commission de réforme du Code civil, années 1950-1951, p. 162 ; CHRISTIAENS, op. cité, p. 99 ; FOURCADE, « A propos de l'action en désaveu de paternité », Annales de médecine légale, 1946.290 ; Mlle GRUPHY, « L'analyse du sang comme mode de preuve », th. dactyl., Paris, 1959, p. 171 ; COLOMBET, note au D. 1962.580 ; MALAURIE, note au D. 1961.47 ; Paris, 19 févr. 1960, D. 60, somm. 105.

M. BATTIFOL est un des rares auteurs à se montrer moins catégorique : « On peut en effet trouver assez extraordinaire que le droit civil français persiste à refuser le désaveu sur la seule analyse sanguine... L'opinion est... si convaincue aujourd'hui de la valeur de l'examen des sangs qu'il est assez surprenant qu'aucun projet de loi ne soit encore venu... proposer la possibilité de dire le droit conformément à la réalité prouvée », Rev. crit. dr. intern. privé, 1962.520.

(29) Comp. Paris, 24 déc. 1963 : « Toute probabilité, fût-elle infime, doit s'interpréter dans le sens de la légitimité », cité au J. Cl. civ., art. 312-330, 3^e fas., n° 83 (feuilles jaunes).

famille. La confiance réciproque est à la base de l'union des époux. Le Droit ne doit pas contribuer à la détruire.

L'objection est sérieuse : elle n'est peut-être pas déterminante.

Supposons fondée la jalousie du mari. Actuellement il suffit pour que son action soit irrecevable que son épouse ne lui ait pas caché la naissance attendue et que les époux aient cohabité, ne serait-ce que quelques jours, pendant les quatre mois qui constituent la période légale de conception. Quelle sera alors l'atmosphère de ce foyer ? Une demande en divorce n'apparaîtra-t-elle pas comme la seule issue ? A moins que l'enfant ne soit abandonné ? L'impossibilité de recourir avec des chances de succès à l'action en désaveu sera ressentie par le mari comme une brimade, comme une insulte à son honneur concrétisée par la présence quotidienne de l'enfant qui portera à tort son nom. Il est plus facile de pardonner lorsque l'objet de l'offense ne vient pas sans cesse attiser le souvenir et la haine.

Supposons maintenant que l'infidélité de l'épouse n'ait existé que dans l'esprit de son conjoint. L'offense réside alors dans la jalousie dont la femme est injustement victime. Elle préexiste à tout recours aux tribunaux. L'action en justice fondée seulement sur une comparaison des groupes sanguins ne constituerait pas une injure supplémentaire. Il nous semble au contraire que l'épouse devrait souhaiter cette analyse qui ne peut accorder aucune confirmation à sa prétendue infidélité. Au surplus, si l'enfant appartient à un groupe sanguin peu répandu qui est justement celui du mari, la paternité de l'époux sortira affirmée de l'épreuve. Tout n'est-il pas préférable à cette méfiance continuelle ? L'innocent ne redoute pas la manifestation de la vérité.

Psychologiquement donc, les dangers de cette modification législative seraient faibles dans la mesure où la méfiance des époux est antérieure à l'action en justice. Celle-ci peut, au contraire, contribuer à renforcer l'unité de la famille un moment menacée. De plus, la persistance de l'état actuel du Droit comporte de graves inconvénients qui peuvent eux aussi compromettre la paix des ménages. On a souligné (30) que de nombreux accoucheurs étaient saisis de demandes d'expertise sanguine émanant de particuliers (31). Si les résultats

(30) MERLE, « Une pratique dangereuse : la recherche clandestine des preuves scientifiques de la paternité », D. 1952, chr., 165 ; MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 887.

(31) La participation des deux parents est requise pour l'efficacité du procédé. Toutefois de nombreuses personnes savent aujourd'hui à quel groupe sanguin elles appartiennent, soit qu'elles l'aient fait établir dans un souci de sécurité en vue d'une transfusion éventuelle, soit qu'elles aient déjà subi un prélèvement au cours d'une opération antérieure ou dans un souci d'entraide (une carte individuelle est alors fournie après un double contrôle : elle mentionne le facteur Rhésus et l'appartenance au groupe O, A, B, ou AB).

démontrent que la paternité du mari n'est pas exclue, le chef de famille sera rassuré au même titre que si l'expérience avait été ordonnée par les tribunaux (32).

Mais s'il s'avère au contraire que sa paternité est impossible, l'harmonie de la famille est alors certainement et peut-être définitivement compromise. Elle rejaillira sur l'enfant auquel le mari aura d'autant plus retiré toute tendresse que cette présence lui aura été imposée contre son gré.

C'est pourquoi nous pensons qu'une intervention du législateur présenterait plus d'avantages que d'inconvénients. Elle contribuerait à limiter les recours aux laboratoires privés et à assainir plus sûrement l'atmosphère des foyers ébranlés par le doute.

Les pouvoirs des juges du fond seraient doublement limités : non seulement l'offre de preuve ne pourrait être déclarée irrecevable, mais de plus elle ne pourrait être déclarée inutile sous prétexte que la conviction des juges est déjà amplement établie. Le défaut de pertinence est en effet, en Droit positif, le second moyen qui autorise le rejet de la demande.

B. — NON-PERTINENCE DE LA DEMANDE.

Lorsque l'examen comparatif des sangs est recevable (recel de naissance ou désaveu préventif), peut-il être repoussé parce qu'il serait superflu ?

En règle générale, enquêtes et expertises ne sont ordonnées par le juge que si les circonstances de la cause lui permettent encore une hésitation. Or l'attitude de la mère qui a usé de nombreux artifices pour dissimuler la naissance (ou l'absence d'indication de la filiation maternelle à l'état civil) jointe aux autres éléments établis par le mari (par exemple son éloignement lorsque la conception s'est effectivement produite) peuvent suffire à persuader le tribunal de la non-paternité du mari. C'est en toute liberté qu'il forme sa conviction. L'expertise biologique peut n'être qu'un moyen dilatoire pour retarder autant que faire se peut la date de la manifestation de la vérité (3) : les juges doivent déjouer ce calcul (34).

(32) La licéité du procédé est loin d'être certaine. MERLE, chr. précitée ; DECOQ, « Essai d'une théorie générale sur les droits de la personne », 100.

(33) Elle sera très généralement demandée par le mari. Mais on pourrait concevoir aussi qu'elle soit demandée par la mère, celle-ci espérant que si cette analyse ne donne aucun résultat négatif la possibilité de paternité qui en résultera infléchira la décision des magistrats.

(34) En faveur de cette solution : RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1869-1876 ; LACARDE, Rev. trim. dr. civ. 1949.516 ; R. SAVATIER, note au D. 1936.241 ; J. SAVATIER, note au J.C.P., 1953.7822 ; SOUDÉ, note au J.C.P., 51.6527 ; COLOMBET, note au D. 1962.578.

En jurisprudence, ce problème a été débattu à propos de la recherche de paternité naturelle. Un premier arrêt de la Cour de cassation de 1953 (35) décidait « les juges du fond... conservent... le pouvoir souverain d'apprécier, dans chaque espèce, l'utilité ou la pertinence des modes d'investigation propres à éclairer leur conviction ». Mais un revirement n'intervint-il pas en 1956 (36) ? « L'examen comparatif des sangs (est une) mesure dont le but suffisait à établir l'utilité. »

Le motif invoqué peut-il être étendu à la filiation légitime ? Nous ne le pensons pas. Bien que la formule employée soit très générale, il faut la replacer dans le cadre du procès où elle est intervenue et qui reposait sur l'article 340. Dans l'arrêt de 1956 en effet, l'aveu de paternité, condition de recevabilité, était seul établi. La preuve de la paternité n'était donc pas faite. S'agissant de l'établissement positif d'une paternité, le juge ne peut jamais être absolument certain de l'existence du lien de filiation (37). La mère peut avoir eu avec un tiers des relations sexuelles qui sont restées ignorées de tous. C'est pour cette raison que « l'examen comparatif des sangs (est une) mesure dont le but suffit à établir l'utilité ».

La preuve de non-paternité dans un désaveu pourra au contraire, dans un certain nombre de cas, être regardée comme faite (38). Dans ces conditions les tribunaux peuvent effectivement considérer comme superflue la demande d'expertise qui leur est faite (39).

Nous croyons pour cette raison que dans le cadre de l'article 340 seulement le magistrat, s'il est toujours libre de décider selon son intime conviction, n'est plus libre de rejeter certains moyens susceptibles d'étayer plus solidement sa décision. Le désir d'appréhender plus sûrement la vérité, même au prix d'une restriction de la liberté du corps judiciaire, explique cette solution.

Mais en toute hypothèse, obtenir le résultat recherché nécessite aussi une restriction de la liberté des plaideurs eux-mêmes. Quelle

(35) Civ., 17 juin 1953, J.C.P., 53.7822, note J. SAVATIER. Voir aussi Cass. civ., 18 févr. 1953, Bull. Cass., 52.1.61.

(36) Civ., 15 oct. 1956, J.C.P., 56.9653, D. 57.51 ; Cass. civ., 17 déc. 1956, Bull. Cass., 56.1.373. Cette décision a peut-être été influencée par la loi du 15 juillet 1955 qui fait de l'analyse sanguine une fin de non-recevoir à l'action.

(37) Rappelons que les analyses morphologiques, susceptibles d'établir positivement une filiation, n'ont pas encore pris place dans le droit français de la filiation.

(38) V. les exemples que nous citons à la page précédente : le mari n'a cohabité avec sa femme que le dernier jour de la période légale de conception, etc.

(39) Sur le problème de la pertinence de l'offre de preuve, voir : CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de Cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », D. 1956, chr. 37 ; DECOQ, « Essai d'une théorie générale sur les droits de la personne », 60 ; DESBOIS, Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, p. 37.

place accorder au souci du respect de l'intégrité de la personne humaine? A-t-on le droit d'imposer une prise de sang à une personne qui s'y oppose? Peut-on interpréter contre elle cette attitude?

§ 2. — Les objections découlant des droits de la personnalité.

L'analyse sanguine a été déclarée recevable et pertinente. Le père, la mère et l'enfant sont convoqués pour subir le prélèvement. Mais la mère se dérobe. On voit mal comment une mesure de coercition pourrait lui être imposée. L'exécution forcée devrait être réalisée par des représentants de l'autorité publique conduisant la récalcitrante jusqu'au laboratoire : c'est impossible (40).

On ne peut envisager qu'une sanction indirecte. Le tribunal, devant le rapport de l'expert relatant les raisons pour lesquelles il n'a pu accomplir sa mission, interprétera selon son intime conviction l'attitude de la mère ou la condamnera à une astreinte (41). Son refus apparaîtra sans doute comme suspect. On aura tendance à penser qu'elle redoute à voir éclater la vérité parce que celle-ci ne sert pas ses intérêts. Cette présomption s'ajoutant à d'autres, le mari gagnera son procès.

Tout dépendra en réalité des motifs invoqués par le plaideur pour justifier sa position. S'il fournit une explication tirée de son état de santé déficient (il établit par exemple que toute piqûre provoque chez lui des réactions graves), on ne pourra guère en conclure que son attitude équivaut à une reconnaissance implicite du bon droit de son adversaire (42).

Mais dans la plupart des cas il s'appuiera seulement sur son droit à l'intégrité corporelle. Quelle est la valeur de cet argument?

A. — LES ÉLÉMENTS DE LA DISCUSSION.

La question est grave. Si le principe du respect de la personne humaine est absolu, les tribunaux non seulement devront s'abstenir

(40) Voir par exemple cette déclaration du Garde des Sceaux, M. Hugues, au cours des travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1955 (*J.O.*, 27 juillet 1954, Débats parlementaires, p. 3645. Voir aussi *J.O.*, 1953, Débats parlementaires Assemblée nationale, p. 1898) : « Toute coercition directe est évidemment exclue. Il ne pourrait davantage être question de sanctionner pénalement le refus de se prêter à l'expertise. C'est seulement dans le cadre même du procès civil que peut être recherchée la sanction du refus de se soumettre à une décision d'examen du sang. »

Contra : SOUDÉ, note au J.C.P., 1957.9955.

(41) DESBOIS, Journées juridiques de la Société de législation comparée, 1965, p. 38 ; Mlle GRUPHY, « L'analyse du sang comme mode de preuve », *Th. dactyl.*, Paris, 1959, p. 234.

(42) Pour la filiation naturelle postérieurement à la loi du 15 juill. 1955, voir DESBOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957.509.

de toute conclusion défavorable concernant le bien-fondé des prétentions des plaideurs (43) mais encore devront refuser la mesure sollicitée chaque fois que les intéressés n'ont pas déclaré accepter cette expertise éventuelle.

Le débat peut se situer soit au niveau des principes, soit au niveau de leur application concrète.

A priori les principes en opposition semblent clairs : d'une part le droit à la vérité, d'autre part l'inviolabilité du corps humain. Mais ces principes sont-ils sans exception ? Certainement pas pour le premier d'entre eux. Quant au second, le législateur lui-même l'a fait parfois céder : certaines vaccinations sont obligatoires (44), les examens médicaux sont une condition nécessaire à l'attribution des prestations de sécurité sociale (45) et surtout la loi du 15 juillet 1955 a créé une nouvelle fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle : l'examen des sangs. L'intérêt de cette disposition serait nul si le prétendu père pouvait s'y opposer par une simple manifestation de volonté et sans aucun dommage pour le bien-fondé de sa cause.

La justice ordonne couramment des expertises médicales pour fixer l'étendue d'un dommage corporel dans un procès en responsabilité civile, pour vérifier la non-consommation d'un mariage dans un procès en divorce, pour déterminer l'impuissance accidentelle du mari dans un procès en désaveu, etc... Certes, la plupart de ces examens sont pratiqués sur la personne du demandeur. Mais est-ce toujours dans son intérêt ? Ils sont parfois sollicités par la partie adverse désireuse de prouver par une contre-expertise que les dommages corporels ont été surévalués ou bien qu'ils seraient diminués par une légère intervention chirurgicale. Le refus de la victime risquera fort de se retourner contre elle

De plus, et c'est un point essentiel, le plaideur récalcitrant n'abuse-t-il pas de son droit à l'intégrité corporelle ? Ce droit n'est pas discrétionnaire puisque le législateur y a lui-même porté atteinte.

(43) M. CARBONNIER admet au contraire le principe de l'intangibilité du corps humain tout en considérant qu'il est possible au tribunal d'interpréter le refus contre le plaideur, note sous trib. civ. Lille, 18 mars 1947, précité. V. aussi R. SAVATIER, « Les métamorphoses... du droit civil d'aujourd'hui », 1964, p. 258.

(44) La variole (loi du 15 févr. 1902), la diphtérie (loi du 25 juin 1938), la tuberculose (loi du 5 janv. 1950), etc.

(45) Article 30 de la loi du 19 oct. 1945, modifiée par le décret du 20 mai 1955. En cas de longue maladie « la continuation des prestations est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire : 1° de se soumettre aux traitements et mesures de toutes natures prescrits d'un commun accord par le médecin traitant et le médecin-conseil de la Sécurité sociale, et en cas de désaccord... par un médecin expert ».

L'abus apparaît flagrant lorsque l'on compare concrètement les intérêts en présence. « Le coup d'épingle (46) reçu contre son gré par un patient » est sans commune mesure avec « le trouble personnel, familial et social dû à l'imputation mensongère d'une paternité » (47).

Voltaire disait « qu'un droit porté trop loin devient une injustice ». Le droit de chacun est limité par celui des autres. La quête anxieuse de la vérité, surtout lorsqu'elle a pour objet de fixer l'état d'une personne, est un intérêt plus respectable que la défense abstraite du principe de l'intégrité corporelle.

Doit-on craindre « que le point d'équilibre entre les intérêts en présence se situe à un niveau de plus en plus bas et que les considérations d'ordre pratique (48) conduisent à négliger les droits de la personne humaine ? » (49). Nous ne le pensons pas. Il appartient aux tribunaux de fixer dans chaque cas la limite au-delà de laquelle un plaideur abuse de son droit. Les magistrats sont trop respectueux de ce qui constitue les droits essentiels de la personne humaine pour redouter de leur part des inquisitions inhumaines. La violente opposition suscitée par l'utilisation de la narco-analyse ou du « sérum de vérité » est à ce point de vue rassurante (50).

Toutes ces idées ont été diversement reçues par la jurisprudence. L'élément passionnel n'est pas absent du débat.

B. — LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE.

Malgré l'émotion soulevée par le problème, il fallut attendre 1960 pour que la Cour de cassation fasse connaître son opinion.

Une division très grande régnait parmi les juridictions du fond. Certaines d'entre elles, les plus nombreuses et les plus récentes, admettaient que le refus des plaideurs de coopérer à la preuve autorisait « à suspecter leur bonne foi » (51) ou bien ordonnaient l'expertise sans

(46) Notons que 5 à 10 centimètres cubes sont suffisants. CHRISTIAENS, *op. cit.*, p. 35.

(47) R. V., « Preuves et atteintes à la personne », J.C.P., 49.I.758. Cf. en matière de responsabilité civile, dans un domaine où seul l'intérêt pécuniaire est opposé au droit à l'intégrité corporelle : conseil de préfecture Limoges, 27 févr. 1953, G.P., 53.I.250, « considérant que le refus par la victime de subir des opérations de nature à améliorer son état est susceptible de constituer une faute lorsque lesdites interventions ne sont ni graves ni hasardeuses ».

(48) Le souci de la vérité ne s'inspire d'ailleurs pas uniquement de considérations pratiques.

(49) GOCUEY, « Reconnaissances et légitimations de complaisance », § 192.

(50) Voir par exemple « Les progrès de la science et le droit de la preuve », Travaux de l'association H. Capitant, 1956.490.

(51) Montpellier, 15 févr. 1948, J.C.P., 49.4875 (solution qui s'imposait d'autant plus que le refus émanait de la mère, demanderesse dans une action en recherche

se soucier du consentement des intéressés (52). D'autres prenaient bien soin de relever que les parties se prétaient volontiers à cette mesure d'instruction (53). D'autres enfin posaient en principe la nécessité du consentement des plaideurs (54).

Par un arrêt du 15 juin 1960 (55), la Cour de cassation semble bien avoir pris résolument parti pour la vérité. « Il était loisible aux juges du fond, en une matière où après qu'a été établi un des cas légaux d'ouverture à action la preuve de la paternité du défendeur relève entièrement de leur appréciation, de retenir à titre de présomption de fait accessoire le refus persistant de Walker-Lévy de se soumettre à l'analyse des sangs dont il paraissait appréhender le résultat ». Le terme même de présomption « accessoire » a ultérieurement disparu des arrêts de la Cour suprême : « Les juges du fond, sauf lorsque la loi en décide autrement, apprécient souverainement la valeur de la présomption pouvant résulter du refus de se soumettre à un tel examen » (56).

Le défendeur à une action en justice ne peut donc plus désormais refuser impunément de concourir à la manifestation de la vérité par l'intermédiaire d'une expertise sanguine. C'est d'ailleurs la solution vers laquelle tendait la majorité de la doctrine (57) et à laquelle

de paternité naturelle) ; Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, D. 47.507 ; Trib. civ. Valence, 1^{er} oct. 1957, J.C.P., 57, somm. 175 ; Lyon, 23 avril 1956, J.C.P., 57.9955.

(52) Rennes, 16 janv. 1950, D. 50.222 ; Dijon, 20 mars 1953, G.P., 53.1.382 (ces deux arrêts ont trait à la filiation naturelle).

(53) Paris, 26 févr. 1953, D. 53.445, et 20 déc. 1947, D. 48.20 ; Chambéry, 9 mai 1961, D. 61.398.

(54) Aix, 13 juin 1939, J.C.P., 39.1215 ; Douai, 26 oct. 1948, D. 49.98 ; Nancy, 13 déc. 1949, D. 50.183 ; Lyon, 3 juin 1958, J.C.P., 58.10755 (affaire Mouchotte).

(55) Bull. Cass., 1960.1.285.

(56) Cass. civ., 2 avril 1968, Bull. Cass., 68.I, n° 114, p. 90, rejetant le pourvoi contre Douai, 21 janv. 1965, J. Cl. civ., art. 331-342, fasc. F, n° 191. En l'espèce, la partie qui avait refusé l'analyse n'avait pas perdu son procès car son refus était le seul élément invoqué par son adversaire à l'appui de sa demande. Cette position est tout à fait logique.

(57) CARBONNIER, notes au D. 1947.507 et D. 1949.585 (mais nécessité du consentement des intéressés).

SOUDÉ, note au J.C.P., 1957.9955.

R. D., note au J.C.P., 1939.1215.

R. SAVATIER, note au J.C.P., 1953.7822 ; « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », D. 1948, chr. 33 ; « Recherches des groupes sanguins et preuve de la filiation », Cahiers Laënnec, 1949, n° 1.

R. V., « La preuve et les atteintes à la personne », J.C.P., 1949.1.758.

HAMELIN, G.P., 1951 D. 52, « L'évolution juridique. Biologie et Droit civil ».

LACARDE, Rev. trim. dr. civ., 1949.516.

MALLET, Travaux de la commission de réforme du Code civil, 1950-51, p. 163.

MICHAELIDÈS-NOUAROS, « La preuve de la paternité et le progrès de la science », Rev. intern. dr. comp., 1953.45155.

NERSON, « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », Mélanges Ripert, t. I, p. 403 (424).

s'était ralliée la commission de réforme du Code civil (58), à l'image du droit italien ou allemand (59). Plus fort que le droit de l'individu sur son propre corps, le droit à la preuve, donc le droit à la vérité, a remporté ici une victoire certaine. Toutefois, pour être complète, elle devrait s'accompagner d'un élargissement du cercle des personnes titulaires de ce droit. Or qui peut prendre l'initiative d'une expertise sanguine ? Les plaideurs, certes (60). Mais le tribunal a-t-il le pouvoir de l'ordonner d'office ?

SOLUS, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », Association H. Capitant, 1949, p. 139.

DECOCQ, « Essai d'une théorie générale sur les droits de la personne », 1960.222.

DOMMAGES, « Le corps humain dans le commerce juridique », Th. dactyl., 1956.113.

Contra :

H. R., note au S. 1939.2.16 (sol. impl.).

ROUAST, note au J.C.P., 1949.5202.

BÉTHOUT, « Remarques sur l'expertise sanguine », G.P., 1963.I. D. 15 mai.

BARBIER, « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », Rev. trim. dr. civ., 1949.345.

(58) Article 7 : « Lorsqu'une personne refuse de se soumettre à une expertise médicale ordonnée en justice sur la demande d'une partie au procès et ne comportant que l'application de méthodes conformes à la science et sans danger sérieux pour le corps humain, le juge peut considérer comme établis les faits que l'expertise avait pour but de constater. »

(59) Art. 118 Code procédure civile italien : « Le juge a le pouvoir d'ordonner aux parties et aux tiers de consentir sur leur personne... aux examens qui apparaissent indispensables pour connaître les faits de la cause, pourvu qu'ils puissent s'accomplir sans dommage grave pour la partie ou pour le tiers. »

Art. 372 Z.P.O. (C. pr. civ. allemand) : « Dans les cas prévus aux articles 1591 et 1717 B.G.B., si la mesure est nécessaire à la détermination du lien de filiation, toute personne doit se soumettre à des examens médicaux, notamment à une prise de sang en vue d'une expertise sanguine, dans la mesure où l'expertise doit permettre selon les principes reconnus de la science d'éclairer l'ensemble du litige, et à condition que l'examen... ne préjudicie pas à sa santé. » Les dispositions des articles 386 et 390 reçoivent application : « en cas de refus répété et non justifié de l'examen, il peut être fait usage de la force, en particulier il peut être ordonné que la personne sera menée d'office au lieu d'examen. »

(60) Sur le droit à la preuve, voir LEGEAIS, « Les règles de preuve en Droit civil », 1955, 4...

CHAPITRE II

Pouvoir du juge d'ordonner d'office une expertise sanguine.

Deux idées dominent cette question. La vérité est-elle le but du procès ? Jusqu'où peut aller un magistrat sans dépasser son rôle d'arbitre ? Ces deux problèmes sont très liés. L'un se situe au niveau du but, l'autre au niveau des moyens. Un juge qui, légalement, doit se contenter de « compter les coups » ne peut avoir pour mission une recherche de la vérité matérielle.

M. Legeais (1) a montré que le principe de neutralité du juge « clairement exprimé dans aucun texte (mais que) la plupart des auteurs trouvent sous-entendu dans nos codes » repose historiquement sur deux fondements : la méfiance des révolutionnaires à l'égard du pouvoir judiciaire et « la vieille idée du combat judiciaire » issue de la tradition germanique ». Les parties y jouaient le rôle principal ; elles dirigeaient vraiment l'instance à leurs risques et périls ; le juge s'effaçait devant elles » (2). On comprend bien dès lors le rôle restreint accordé aux magistrats : leur pouvoir d'investigation trouve une limite dans la volonté des parties « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ». Ils n'ont pas à rechercher quel plaideur détient la vérité mais quel plaideur a fourni à l'appui de sa prétention les éléments les plus probants.

Mais le libéralisme et l'individualisme du XIX^e siècle comportaient de graves dangers. Il est banal de faire remarquer que l'égalité entre tous les hommes ne pouvait être que théorique, et que la liberté abou-

(1) *Op. cit.*, p. 15.

(2) CHÉNON, « Histoire générale de Droit civil français public et privé », 1926, p. 247, cité par LEGEAIS.

tissait à l'écrasement du faible et à la victoire du fort. Or n'est-il pas du rôle des tribunaux de répandre la Justice ? « La découverte de la vérité est aussi nécessaire à l'intelligence de l'Homme, que la justice l'est à sa conscience » (3). Il est curieux de constater que du nom « arbitre » est dérivé l'adjectif « arbitraire » qui signifie « qui dépend du plaisir, du caprice de quelqu'un » (4). Une grande controverse se trouve ainsi soulevée : le but du procès est-il la découverte de la vérité ?

On a bien souvent distingué vérité matérielle (ou absolue, ou objective) et vérité judiciaire (ou de convention). Il est évident en effet que certaines règles juridiques de fond ou de preuve imposent le maintien de situations mensongères et la mutilation du réel. Qu'une personne essaye de faire proclamer un lien juridique de filiation adultérine, et la vérité judiciaire à l'issue du procès ne pourra pas traduire la vérité biologique. Mais ceci n'a jamais été contesté par personne. Le problème est de savoir si à l'intérieur du cadre légal autorisé et avec les moyens de preuve permis, tous les efforts du tribunal doivent tendre vers une solution qui rende exactement compte de la réalité.

Nous croyons que telle est bien la mission de la Justice. C'est cela que recherche le plaideur de bonne foi. La règle « *Res judicata pro veritate habetur* » (5) satisferait mieux les consciences (6) si le souci constant des magistrats était de rendre un jugement aussi proche que possible de la vérité. La paix sociale ne sera *durablement acquise donc n'existera* que si la sentence est l'expression d'une règle de droit satisfaisant un idéal de justice et de vérité. Certes, il n'est pas question d'instaurer le règne de l'équité. Il faut respecter la volonté du législateur qui a souhaité que vérité matérielle et vérité judiciaire ne correspondent pas toujours. Mais du moins, c'est là le point important, que dans les limites posées par la loi on redonne au juge un rôle actif de manière à ce qu'il puisse rechercher et imposer cette vérité (7).

(3) E. BONNIER, « Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel », 1888, p. 1.

(4) Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, P. ROBERT.

(5) LOMBOIS, « Les chiffres en Droit civil », in *Annales de l'Université de Poitiers*, 1962.15. « Quand on dit que la vérité juridique est relative, on entend par là que, dans quelques cas particuliers, ce que le Droit tient pour vérité peut être une erreur scientifique. Cela n'autorise nullement à se satisfaire de voir la loi elle-même ériger en vérité juridique une constatation scientifiquement fausse dès le principe. »

(6) Van REEPINGHEN, « Le rôle du juge dans le procès civil », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1962.191 (197). « L'autorité que la loi attribue à la chose jugée... se justifie dans la conscience des hommes par une recherche adéquate de la vérité. »

(7) M. POCHON (avocat) (dans une chronique au D. 1961.73, « Procédure

Nous souhaitons l'instauration d'une procédure de type plus nettement inquisitoire (8) qui accentue les pouvoirs d'instruction du magistrat. Que les particuliers soient assurés que s'ils confient leurs différends à la justice, celle-ci aura au moins le pouvoir de statuer en toute connaissance de cause (9). On n'aboutit qu'à un compromis éphémère en tranchant un problème dont certaines données sont tues. On ne devrait plus pouvoir garder par devers soi un élément de preuve qui affermit la position adverse. Si l'existence en est soupçonnée, des vérifications devraient être ordonnées afin d'en provoquer la divulgation. L'égalité de tous devant la loi serait ainsi mieux assurée, et le procès gagnerait beaucoup en loyauté (10). La bonne foi qui doit présider à l'exécution des conventions (art. 1134-1135) trouverait ici un autre champ d'application.

Actuellement en effet le plaideur ressent douloureusement ce détachement des juges qui lui apparaît comme une fuite devant les responsabilités. Leur absence d'initiative était considérée en 1804

dirigée », écrit : « Les soucis des magistrats, que nous espérons ne pas trop déformer, nous paraissent porter essentiellement sur les deux points suivants :

- assurer le meilleur rendement du service judiciaire ;
- connaître la vérité objective sur les faits qui sont soumis à la justice. »

(8) MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Etudes de Droit contemporain, travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, 1959, t. I, 2. « Si le maintien du principe de la neutralité du juge nous paraît être seul conforme à l'esprit du Droit judiciaire français, nous estimons que le système de ce dernier ne pourrait que gagner en souplesse et en efficacité s'il était tempéré d'une " obligation d'éclaircissements " ». Comparer les articles 138 Z.P.O. allemand et 178 Z.P.O. autrichien : « Les parties doivent faire, sur les faits matériels, des déclarations complètes et correspondant à la vérité. » Si cette obligation de dire la vérité n'est pas respectée, le contrevenant risque d'être condamné pénalement (tromperie à l'occasion d'un procès), de voir le tribunal ne pas tenir compte de ses déclarations ; la partie adverse, si elle a subi un préjudice, pourra recevoir des dommages et intérêts ; l'avoué lui-même peut être sanctionné disciplinairement et pénalement.

A l'occasion d'un procès en filiation, lorsque la mère est appelée à témoigner, le magistrat doit lui faire remarquer son devoir de dire la vérité afin de la préserver contre des poursuites pénales. DÖLLE, « Familienrecht », t. II, p. 60.

(9) L'autorité relative des jugements s'explique en partie par le fait que le tribunal statue sur les éléments de preuve fournis par les parties...

(10) DECUGIS, Bulletin trimestriel de la société de législation comparée, 1939.77. « La règle " Nemo tenetur edere contra se..." est appliquée par les tribunaux français même lorsqu'elle aboutit à l'injustice et qu'elle protège le plaideur de mauvaise foi. » L'auteur cite par opposition la procédure anglaise de « discovery » qui « permet au tribunal d'obliger le plaideur à découvrir et à verser aux débats les documents dont il est possesseur, même s'ils sont compromettants pour lui et doivent lui faire perdre son procès ».

En conséquence d'ailleurs, il est plus facile à une cour anglaise d'ordonner une expertise sanguine. BARTHOLOMEW, « Nature and use of blood-group evidence », in « The modern law review », 1961, p. 313 (328).

Pour un examen rapide du Droit comparé, voir STORME, *Journal des tribunaux (belges)*, 1965.309.

comme une garantie des plaideurs (11). Paradoxalement, elle est sans doute aujourd'hui une des causes de la désaffection des justiciables à l'égard des organes judiciaires. Il est normal que les particuliers perdent leur confiance en la justice si elles ne met pas tout en œuvre pour découvrir la vérité : ce qu'ils souhaitent, c'est que le réel « vrai » soit proclamé, et pas seulement le réel « juridique », c'est-à-dire ce que les textes ou la jurisprudence veulent bien admettre, ce qui est prouvé, ce qui est publié.

En doctrine, ce problème a été souvent débattu et les auteurs sont divisés. Pour la majorité d'entre eux cependant, la vérité doit être le but du procès (12).

(11) Sans doute l'était-elle réellement, compte tenu des données historiques.

(12) NERSON : « La vérité doit demeurer le but essentiel du procès... », « Vérité, fin suprême de la justice » (« Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », Mélanges Ripert, t. I, p. 424).

SOLUS : « Importance fondamentale de la réalisation de la mission de la justice qui est la découverte de la vérité » (« Rôle du juge dans l'administration de la preuve », Association H. Capitant, t. V, p. 139).

HOLLEAUX : « Souci que le magistrat doit avoir d'arriver à une vérité qui soit tout de même aussi proche que possible de la vérité absolue » (« Rôle du juge dans l'administration de la preuve », op. cité, p. 148).

LOUIS-LUCAS : Le juge ne doit pas « avoir l'obsession envahissante de la vérité juridique, mais d'abord la préoccupation de cette vérité matérielle dont les deux adversaires qui sont devant lui proposent des interprétations divergentes » (« Vérité matérielle et vérité juridique », Mélanges Savatier, pp. 583-589).

NADEAU : « La découverte de la vérité, but ultime du procès » (« La science et le droit de la preuve », Association H. Capitant, 1957, p. 596).

R. SAVATIER : « Il est de l'instinct du juge... de scruter ce qu'il croit être la vérité vraie et de la préférer... à ce qui lui paraît la vérité fictive de la réglementation légale » (« La science et le droit de la preuve », op. cité, p. 608).

« Le but essentiel du procès n'est-il pas la découverte de la vérité ? » (note au D. 1936.241).

SOUDÉ : « Il est permis d'attendre de la justice plus qu'une vérité de convention » (note au J.C.P., 1957.9955).

STORME : « C'est à la justice qu'incombe de découvrir la vérité matérielle, cette vérité qui ne peut se limiter aux dires des parties mais qui doit être recherchée activement par le juge » (« L'action *ad exhibendum* en droit belge », Journal des tribunaux, 1965, p. 309).

SICALAS : « La liberté pour les juges de chercher la vérité ne constitue-t-elle pas l'une des constantes de l'idée de justice les moins discutées, l'un des plus importants " principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue " ? » (Civ., 21 mai 1948) (note au D. 1965.270).

Voir aussi l'intervention de M. LIMOUZY lors de la discussion au Sénat du budget de la Justice pour l'année 1968 (Doc. parlém. Sénat, année 1968, p. 4172) : « Le jugement ne doit pas être... l'éclat final d'une trajectoire venue d'ailleurs, ou le résultat d'une justice pélerine, mais l'investissement sur place par la vérité, vérité juridique, vérité morale, vérité humaine, instruite, révélée et affirmée dans les lieux mêmes qu'elle doit éclairer. »

Contra :

CARBONNIER : « Dans notre procès civil, chacun combat pour lui-même et nullement pour la vérité. Notre Droit libéral ignore le plaideur-fonctionnaire, le plaideur-soldat de la vérité » (note au D. 1947.507).

En législation, diverses réformes très intéressantes (13) sont intervenues à partir de 1942. La loi du 23 mai 1942, intégrée dans l'article 324 C. pr. civ., prévoit que « le tribunal peut, en tout état de cause et en toute matière, ordonner d'office ou sur la demande de l'une quelconque des parties en cause la comparution personnelle des parties ». Cette innovation, remplaçant l'ancien interrogatoire sur faits et articles, a été saluée par M. Holleaux comme « un des seuls procédés qui... confèrent légalement (au juge) en procédure civile, des pouvoirs proprement inquisitoires » (14).

Dans la même perspective un décret du 22 décembre 1958 a donné plus de liberté au juge pour recueillir les témoignages (art. 263 C. pr. civ.). Il l'autorise aussi à « interpellier les témoins sur tous faits dont la preuve est admise par la loi, alors même que ces faits ne seraient pas indiqués dans la décision ordonnant l'enquête. Il pourra de même convoquer... toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile pour la manifestation de la vérité » (art. 264 C. pr. civ.) (15).

Citons encore le décret du 13 octobre 1965 inspiré (notamment) par l'idée suivante exprimée par le garde des Sceaux dans son rap-

BARBIER : « Chacun au cours du procès combat pour lui-même et non pas toujours pour la vérité » (« L'examen des sangs et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949.345).

JULLIOT de la MORANDIÈRE : « Le juge ne recherche pas la vérité en soi » (« Rôle du juge dans l'administration de la preuve », *op. cité*, p. 145).

HAMEL : « La vérité absolue, le juge n'est pas chargé au nom de la République et du peuple français de la dire » (« Rôle du juge dans l'administration de la preuve », *op. cité*, p. 164).

LÉVY-BRUHL : « Si telle est bien la fonction de la preuve judiciaire (obtenir l'adhésion du groupe social), on comprendra que la recherche de la vérité passe au second plan » (« La preuve judiciaire », p. 29).

WEISS : « Ce que le juge est tenu de rechercher, ce n'est pas une vérité absolue » (« Traité théorique et pratique de Droit international privé », t. VI, p. 510).

HUET : « Le juge ne peut ni ne doit rechercher la vérité » (« Les conflits de lois en matière de preuve », p. 34).

COLIN-CAPITANT : Le juge « ne se préoccupera pas de rechercher la vérité juridique absolue » (t. I, p. 268).

DESBOIS : « Quel que puisse être l'attrait de la vérité, les litiges qui ont pour objet l'état des personnes et le statut de la famille demeurent soumis à des règles rigoureuses dont l'application ne va pas toujours dans le sens des réalités » (*Journées juridiques de la société de législation comparée*, 1965. p. 37).

MALAUURIE : « Ce que veut la loi française, c'est la confiance conjugale et la paix familiale et non la recherche systématique de la vérité, source de plus graves désordres que l'admission d'une erreur » (note au D. 1961.47).

(13) V. par ex. DECOCQ, « Essai d'une théorie générale des droits de la personne », 1960, p. 154.

(14) Note au D. 1952.401.

(15) « Pour que la vérité soit totale... et se fasse vite, la conduite du procès passe du plaideur au magistrat », CHAPLET, S. 1959, chr. 47 (51).

port au premier ministre (16) : « il a paru que... l'office du juge par une plus grande initiative (17)... devait maintenant connaître un accomplissement nécessaire non seulement dans la marche de la procédure mais dans l'exercice même du pouvoir juridictionnel ». « Le juge des mises en état reçoit enfin les moyens de jouer le rôle actif (18) qui lui est assigné dans la marche du procès ». C'est ainsi par exemple qu'il pourra « ordonner aux parties la production de toutes pièces utiles, sauf au tribunal à tirer toutes conséquences d'une abstention ou d'un refus » (art. 81 C. pr. civ.).

Enfin, sur un point nous intéressant encore plus directement, la loi du 15 juillet 1944 avait augmenté les pouvoirs du juge chargé de suivre la procédure: il « pourra, sur la demande de l'une des parties ou même d'office, ordonner toutes mesures d'information » (19).

Cet appel, qui réalisait un bouleversement des idées traditionnellement reçues, n'a malheureusement été que faiblement entendu (20). Toutefois si sur le plan pratique la portée de la loi reste faible, sur le plan des principes, un juge peut maintenant d'office ordonner une expertise sanguine (21).

La Cour de cassation a récemment appuyé de son autorité cette solution. Statuant en matière de recherche de paternité naturelle, elle a décidé « qu'aucune disposition légale n'interdit aux juges

(16) B.L.D., 1965.600.

(17) C'est nous qui soulignons.

(18) C'est nous qui soulignons.

(19) C'est en principe le tribunal qui ordonne l'expertise (art. 302 C. pr. civ.).

(20) Cf. l'interprétation restrictive de MM. HÉBRAUD et MADRAY (D. 1945, L. 189 [1951]) : « le texte veut dire que, lorsqu'on est en présence d'une preuve qui pourrait être ordonnée d'office par le tribunal, elle pourrait l'être aussi par le juge délégué », et BARBIER, art. précit., Rev. trim. dr. civ., 1945.345 (359) : « L'examen des sangs ne saurait être assimilé à une simple expertise puisqu'il s'agit en l'espèce d'obliger une partie à fournir à son adversaire une preuve qu'elle n'a pas elle-même fournie. » Pour l'application concrète (rarement faite) du texte, V. par exemple MICHEL, « Le juge chargé de suivre la procédure », J.C.P., 1956.I.1304.

(21) ANCEL : « L'expertise sanguine est aujourd'hui couramment admise en France, soit à la demande des parties, soit même d'office. La jurisprudence et même celle de la Cour de Cassation est fixée en ce sens... », « La science et le droit de la preuve », Association H. Capitant, 1956, t. VII, p. 590 (on pouvait cependant douter, en 1956, de l'exactitude de la dernière proposition).

NORMAND, *op. cit.*, p. 395 : « Il semble donc admis en jurisprudence qu'en l'absence même de texte, le juge est autorisé à ordonner spontanément toute mesure d'instruction qui lui paraît opportune. »

POCHON (« Procédure dirigée », D. 1961. chr., 73) : « Il a toujours été admis que l'expertise pouvait être ordonnée d'office » (même avant la loi de 1944).

Contra : DESBOIS, Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, pp. 29-137.

d'ordonner... d'office... un tel examen » (22). Le problème est ainsi résolu de la manière la plus conforme aux exigences de la vérité. Le seul obstacle reste le refus de consentement des parties (23). Nous avons exposé précédemment notre point de vue à ce sujet.

D'ailleurs la loi du 15 juillet 1955, modifiant l'article 340 du Code civil et faisant de l'analyse comparée des groupes sanguins une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle, s'inscrit dans la même ligne d'évolution. Le garde des Sceaux déclarait en effet au cours de la discussion préliminaire : « le texte proposé permet au juge d'ordonner l'expertise... posant ainsi une exception heureuse au principe selon lequel dans notre procédure civile, essentiellement accusatoire, il appartient aux parties d'apporter la preuve aux magistrats (24) ». On s'achemine ainsi vers une régression de cette contradiction interne de notre procédure qui, tout en reconnaissant au juge le droit de statuer selon son intime conviction, l'oblige cependant à ne tenir compte que des éléments de preuve fournis par les parties (25). Mais cette liberté du juge doit être au service de la vérité. C'est pourquoi elle peut être restreinte si cette limitation permet de comprendre plus profondément les circonstances de la cause (l'analyse sanguine ne peut plus être refusée dans le cadre de l'article 340).

Si l'on essaye de dégager une idée d'ensemble de toute cette question, il apparaît bien que l'immense majorité des juristes, qu'ils soient praticiens ou théoriciens, reconnaît la nécessité et l'intérêt des techniques biologiques mises au service du droit de la filiation. Les droits de la personnalité ou la neutralité du juge sont des obstacles qui tendent à s'estomper. Subsistent seuls avec vigueur ceux que l'on fait découler de l'organisation de la famille légitime.

Autrement dit, le recours à l'expertise sanguine est généralement libéré de ses entraves lorsque les principes mis à la base de l'institution familiale sont compatibles avec une recherche plus poussée de la vérité parce que le mari a en mains des arguments suffisamment forts pour ébranler profondément sa croyance en la fidélité de son épouse.

Il est bien certain cependant que l'on n'est pas arrivé à une adéquation parfaite entre le droit et le réel. La présomption de l'article 312 devrait céder plus facilement devant la vérité, chaque

(22) Civ., 29 juin 1965, D. 66.20, note ROUAST, J.C.P., 65.14422, rejetant le pourvoi contre Riom, 25 avr. 1962, J.C.P., 62.12734, note ESMEIN.

Dans le même sens : Paris, 13 nov. 1967, G.P., 68.1.166.

(23) La Cour de Nancy, le 19 déc. 1949 (D. 50.183), semble avoir d'elle-même ordonné l'analyse, mais à condition que le « père » y consente (art. 340 C. civ.).

(24) *Journal officiel*, 1954, Débats parlementaires, p. 3645.

(25) ANCEL, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », Association H. Capitant, t. V.142.

fois que pour le particulier ou pour le biologiste, la non-paternité est évidente. On peut même se demander alors s'il est toujours souhaitable de laisser au seul mari le soin de poursuivre la manifestation de la vérité. Le Code civil lui-même, du moins dans l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence, fait parfois céder ce principe supérieur. La contestation de paternité a le même effet que le désaveu mais elle est ouverte à tout intéressé.

TITRE II

LA VERITE DANS L'ACTION EN CONTESTATION DE PATERNITE DE L'ARTICLE 315, C. Civ.

Qu'une paternité soit « contestée » ou « désavouée », l'effet obtenu sera le même : la présomption de paternité sera renversée. Mais les deux termes employés font apparaître dès l'abord la différence qui sépare les deux actions. On ne désavoue que ce que l'on a précédemment avoué. Et on n'avoue qu'un fait strictement personnel. Avouer, c'est « reconnaître pour sien ». Le mari dans une famille légitime peut donc seul avouer une paternité.

Contester c'est au contraire « mettre en discussion le droit ou la prétention de quelqu'un à quelque chose » (1). On peut donc contester un fait qui vous est étranger. Dans notre cas la contestation de paternité pourra alors émaner d'un autre, le mari.

Lorsqu'on sait combien notre code est attaché en ce domaine aux prérogatives du chef de famille, on prévoit que la contestation de paternité sera autorisée seulement dans des cas très rares. Il faut en effet que la présomption de paternité repose sur des bases extrêmement faibles pour que l'on permette ainsi une intervention étrangère. Le Code n'a dégagé qu'une seule hypothèse : celle de l'article 315, lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de ses parents. L'action est alors ouverte très largement puisque tout intéressé peut être demandeur. La vérité a d'autant plus de chances de se faire jour que la contestation est ouverte à un plus grand

(1) Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française A. Robert.

nombre de personnes. Mais la contestation est dans ce cas péremptoire : la comparaison entre deux dates suffit à assurer le succès de la demande. En fait, cette solution n'est pas toujours favorable à la vérité car les grossesses supérieures à 300 jours, tout en étant rares, sont cependant tout à fait possibles. On risque ainsi de déclarer naturel un enfant dont la conception hors mariage n'est pas prouvée.

CHAPITRE PREMIER

Large ouverture de l'action en contestation.

Le problème de la réalité de la paternité ne doit pas être ici semblable-t-il difficile à résoudre. L'in vraisemblance de la non-paternité résultera généralement du rapprochement entre la date de la naissance et celle de la dissolution du mariage. La vérité doit donc être aisément dévoilée. Mais la possibilité d'une dissolution du mariage par divorce rend en fait le problème un peu plus délicat. D'autre part, même si la vérité peut facilement être connue, elles ne triomphera à coup sûr que si toutes les personnes ayant intérêt à la dévoiler ont juridiquement le droit de le faire. La détermination des demandeurs dépend de la nature juridique de l'action. S'il s'agit d'un désaveu, seul le mari ou ses héritiers pourront l'intenter. S'il s'agit d'une contestation, le cercle des demandeurs sera beaucoup plus large.

A vrai dire, l'hésitation entre ces deux qualifications ne se conçoit que si l'enfant avant toute action en justice est légitime. On ne peut désavouer qu'un enfant qui est légitime ou qui peut juridiquement prétendre l'être.

Le texte de l'article 315 nous paraît imposer le caractère légitime de la filiation de l'enfant. Il a droit à cette qualité. Lorsqu'il l'invoque il n'agit pas en usurpateur mais en titulaire d'un droit. D'ailleurs quelle serait l'utilité de l'article 315 si l'enfant en l'absence de contestation n'était pas légitime ? Lorsqu'une condition nécessaire à l'existence d'une institution n'est pas remplie, un texte ne prévoit jamais que cette institution « pourra être contestée ». Une telle loi serait inutile puisque l'institution n'existe pas légalement ! L'article 315 ne se conçoit que si l'enfant est légitime.

Cette analyse est confirmée par l'origine historique de l'article 315, récemment mise en lumière par M. Voirin (1). Au moment de la Révolution, de nombreux émigrés qui avaient laissé leurs épouses en France divorcèrent afin de soustraire ce qui leur appartenait aux mesures de saisie frappant les biens des émigrés. Ce n'était qu'un divorce de façade ainsi qu'en témoignèrent la reprise de la vie commune et la naissance d'enfants après le retour des « maris » en France. Mais depuis 1804 le remariage des divorcés n'était plus possible de sorte que ces enfants en principe auraient dû être illégitimes. L'article 315 permettait de l'éviter. Les rédacteurs du Code ont voulu que l'enfant né dans ces conditions soit légitime.

Il n'en reste pas moins que très souvent l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de ses parents ne sera pas issu des œuvres du mari. On comprend donc fort aisément qu'une législation étrangère qui déclare illégitime l'enfant né dans ces conditions ne soit pas contraire à l'ordre public français (2).

Mais puisqu'en principe — et contrairement à la vérité — cet enfant est un enfant légitime du mari, il convient de se demander quelle est la force de la présomption de paternité légitime. Le tiers qui a reconnu l'enfant se verra-t-il comme dans l'affaire Mouchotte opposer la nullité de sa reconnaissance ? Se heurtera-t-il au droit exclusif des héritiers du mari de repousser la paternité ? Le respect de la vérité biologique commande évidemment d'éviter toute référence au désaveu.

Pour la doctrine, l'action de l'article 315 ne s'analyse pas en une action en désaveu. A la différence des articles 312, 313 et 314, l'article 315 ne contient aucune référence au « mari » ou au « désaveu ». Les termes même utilisés et l'emploi de la formule passive (« la légitimité... pourra être contestée ») ainsi que le souci de la plupart des juristes de limiter ce texte étrange conduisent à ouvrir l'action à tout intéressé (3).

De son côté la jurisprudence a refusé d'appliquer ici les délais brefs du désaveu (4). Elle a permis à l'enfant de renverser la pré-

(1) Note au J.C.P., 1966.14793. La source de son information est un article d'un journal belge, « Le Rappel », du 6 février 1954. Cet article reproduit l'intervention d'un membre du Sénat lors des discussions parlementaires en vue d'abolir l'article 315.

(2) T.G.I. Seine, 1^{er} févr. 1965, Rev. crit. Dr. int. pr., 1966.39, P. LACARDE.

(3) PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 378 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 545 bis, n° 47 ; LACARDE, Rev. trim. dr. civ., 1952.53 ; MAURY, « De la formation des catégories juridiques en matière de contestation de la paternité légitime », in Mélanges P. Roubier, t. II, p. 149 (168).

(4) Paris, 6 janv. 1957 (affaire Ogez), J.C.P., 1957.10125, note P. E. Voir aussi Trib. civ. Toulon, 27 juin 1951, G.P., 51.2337.

Contra : Agen, 28 mai 1921. S. 1921.428.

somption de paternité (5). Seule l'initiative de l'homme qui a plus tard reconnu l'enfant a soulevé à ce point de vue quelque difficulté (6). Aujourd'hui cette jurisprudence restrictive a été abandonnée : tout intéressé peut contester la paternité (7).

Aucune exclusivité du mari dans la mise en œuvre de l'action n'entravera la vérité biologique. Les demandeurs possibles sont nombreux et leur tâche sera facilitée par le caractère péremptoire de la contestation. Mais cet automatisme, logique *a priori*, risque de gêner la manifestation de la vérité.

(5) Angers, 9 mars 1926, D.H., 26.251, S. 26.2.71. Dans cette espèce la mère de l'enfant, pour recueillir seule la succession de son second mari, voulait imposer à son enfant légitimé par ce second mariage la filiation que lui attribuait l'article 315. Mais, dit la cour d'appel, « un tiers ne peut pas prétendre imposer à l'enfant cette légitimité pour le priver de sa filiation véritable ; qu'en l'espèce il le peut d'autant moins que la filiation résultant de la reconnaissance et de la légitimation... est conforme aux lois de la nature et à la réalité des faits ».

(6) Trib. civ. Fontainebleau, 10 mai 1922, G.P., 22.2.111 ; cf. aussi Paris, 30 janv. 1924, D.H., 24.210. Cet arrêt, toutefois, déclare l'action du tiers irrecevable car malgré sa reconnaissance « il n'apporte à l'appui de sa prétention d'être le père de l'enfant aucune justification ».

(7) Trib. civ. Toulon, 27 juin 1951, G.P., 51.2.337.

CHAPITRE II

Caractère péremptoire de l'action en contestation.

Le demandeur, admet-on généralement, offrira simplement au tribunal la preuve de la date de naissance de l'enfant et celle de la dissolution du mariage de ses parents (1). L'action en contestation est péremptoire. Mais on a soutenu que dans certaines circonstances bien particulières les magistrats devaient retrouver leur pouvoir d'appréciation.

L'affaire Ogez est à ce sujet restée célèbre. Un enfant était né 306 jours après le suicide du mari de sa mère. Lors du règlement de la succession, les parents du défunt contestèrent le lien de filiation paternelle de l'enfant. L'épouse proposa alors plusieurs certificats médicaux attestant que sa grossesse s'était trouvée allongée d'un mois en raison de différents traitements hormonaux auxquels elle avait été soumise.

La cour de Paris rejeta la demande des héritiers du mari (2). Mais la Cour de cassation, le 9 juin 1959 (3), accueillit le pourvoi contre cet arrêt : « attendu ... que doit ... être déclaré illégitime, sur l'action en contestation engagée par application de l'art. 315..., l'enfant

(1) Lorsque le mariage a été dissous par le divorce, le délai de 300 jours commence à courir indépendamment de la transcription du jugement. Cass. civ., 14 janv. 1964, D. 64.193, note ESMEIN : « Si, aux termes de l'art. 252 C. civ., le divorce n'est pas opposable aux tiers avant la transcription, cette inopposabilité concerne uniquement les effets patrimoniaux du divorce à l'exclusion de tous effets d'état. »

(2) Paris, 6 juin 1957, J.C.P., 57.10125, note P. E.

(3) D., 59.557, G.P., 59.2.58.

né plus de 300 jours après la dissolution du mariage ». Toutefois, la cour de renvoi (4) refusa de s'incliner (5).

Les deux cours d'appel justifèrent leurs décisions en se plaçant sur deux plans : juridiquement, l'article 315 laisse aux juges un pouvoir d'appréciation ; médicalement il existe des grossesses dont la durée est supérieure à 300 jours. Cette seconde question a déjà été traitée. Ces grossesses existent incontestablement. Voyons donc les arguments juridiques.

Deux termes, figurant dans l'article 315, fournissent un élément de discussion non négligeable : « la légitimité de l'enfant ... *pourra* être contestée » (6). Ces deux verbes supposent qu'un débat devra s'instaurer devant le tribunal et que celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation.

D'autre part il est certain, ajoute-t-on, que le Code civil a toujours eu le souci de favoriser les filiations légitimes.

Enfin, on relève l'intervention de deux orateurs au cours des travaux préparatoires. Bigot de Préameneu déclara : « la naissance tardive peut être opposée à l'enfant s'il naît trois cents jours après la dissolution du mariage. Néanmoins la présomption qui en résulte ne sera décisive contre lui qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances » (7). Et Lahary : l'article 315 « déclare non d'une manière absolue que l'enfant né après les trois cents jours sera illégitime, mais seulement qu'il pourra l'être... Le mot « pourra », qui est purement facultatif, décèle le motif de cette prévoyante disposition. L'article veut que la légitimité de l'enfant puisse être contestée ; mais il veut aussi qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient pas fondées » (8).

Lahary cite comme exemple le cas où les ex-époux, postérieurement au divorce, se seraient rapprochés. Dans cette hypothèse — celle du retour en France des émigrés — la demande du plaideur devrait être rejetée. Cette interprétation extensive de l'article 315, qui met la légitimité de l'enfant à l'abri de toute contestation dès que la paternité du mari est certaine, suppose que l'action n'a pas un caractère péremptoire.

(4) Orléans, 24 janv. 1962, J.C.P., 62.12551, note P. E.

(5) Pour le caractère absolu de la présomption légale en *Droit positif* : COSNARD, D. 1957.602 et les auteurs cités par MIMIN, « La présomption d'illégitimité tirée de l'article 315 du Code civil doit-elle rester irréfragable ? », D. 59, chr. 261 (264).

(6) Notons d'ailleurs que si cet argument de texte était suffisant, une discussion pourrait aussi s'instaurer en présence d'un désaveu fondé sur les articles 312 et 314 puisque l'on retrouve dans ces dispositions le même verbe « pouvoir » !

(7) LOCRÉ, « La législation de la France », t. VI, p. 197.

(8) LOCRÉ, *op. cit.*, p. 244.

Cette même liberté d'appréciation appliquée à l'affaire Ogez aurait dû permettre le rejet de l'action puisque selon toute vraisemblance l'enfant avait bien été conçu par le mari de sa mère (9).

Admettre que l'action en contestation n'est pas péremptoire faciliterait donc parfois la manifestation de la vérité.

Désaveu et contestation de paternité aboutissent au même résultat : détruire la réalité du lien de filiation paternelle. Mais ces deux actions, en fait et en droit, recouvrent des situations bien différentes.

Dans un cas (le désaveu) la mère a été mariée au cours de sa grossesse ou au moment de l'accouchement : la maternité sera donc adultérine (10) et c'est pourquoi le mari, chef de famille, est seul autorisé à révéler cette inconduite.

Dans le second cas (la contestation) la mère était dégagée de toute obligation de fidélité, ce qui explique le caractère naturel simple de la filiation à laquelle pourra prétendre l'enfant, ce qui explique aussi que l'action ne soit pas réservée au mari ou à ses héritiers (la contestation de paternité se rapproche à ce double point de vue de la contestation de légitimité).

Les obstacles à la manifestation de la vérité dans la discussion de la paternité s'expliquent ainsi par le souci d'éviter la révélation d'une filiation adultérine et en même temps par le désir de favoriser la légitimité. Non seulement la disparition de la paternité du mari placera l'enfant dans une situation peu enviable, ce qui est contraire à ses intérêts, mais elle révélera un scandale, ce qui est contraire aux intérêts du mari et de la société tout entière.

La convergence d'intérêts entre le mari et la société a pour conséquence l'attribution exclusive de l'action au chef de la famille (11). Mais la société se doit en même temps de protéger l'enfant, et c'est pourquoi le Code a restreint la liberté du mari.

Ces deux idées : intérêt de la famille légitime et intérêt de l'enfant seront les deux points sur lesquels nous insisterons particulièrement dans la conclusion de cette première partie.

(9) De même en cas d'insémination artificielle, la contestation devrait être repoussée.

(10) Sauf si l'enfant est né dans les 180 premiers jours du mariage.

(11) Chaque fois bien sûr que cette convergence existe. Si la société n'a rien à « gagner » au maintien de la fiction (contestation de paternité ou de légitimité), le mari ne sera plus seul à pouvoir rejeter la paternité.

Conclusion

Il nous reste maintenant à dégager brièvement la part accordée à la vérité biologique dans le droit de la famille légitime.

Dès 1804, il est apparu que trois idées complémentaires ou contradictoires dominaient la question : la cohésion du groupe familial, l'intérêt de l'enfant et la recherche de la vérité.

§ 1. — Souci de la vérité et cohésion de la famille légitime.

La recherche de la vérité et l'unité de la famille légitime placée sous la direction d'un chef sont deux exigences qui semblent *a priori* incompatibles. Si le premier terme nécessite peu d'éclaircissements, le second appelle quelques remarques.

L'unité de la famille implique que les enfants devront ou bien y être rattachés complètement, ou bien y rester absolument étrangers (1). Mais une situation intermédiaire n'est pas concevable. L'enfant de l'épouse est en même temps l'enfant de l'époux. Techniquement, pour parvenir à ce résultat, on pose le principe de l'indivisibilité de la famille légitime (art. 312 C. civ.). Par la force des choses on mutile ainsi la réalité car l'adultère existe et on le nie.

De plus, cette même règle est applicable à tous ceux qui sont nés d'une femme non seulement qui est, mais aussi qui a été mariée. Lorsque la naissance se situe à une époque où le mariage était dissous depuis peu, il est logique de considérer le mari comme le père de l'enfant. Mais si cette naissance survient à un moment tel qu'à l'évidence la conception est postérieure à la dissolution du mariage, on ne comprend plus ce maintien fictif de la paternité du mari de la mère. Le souci de la vérité a-t-il été suffisamment fort pour atténuer

(1) Nous envisagerons dans les pages suivantes la question du désaveu.

cette règle de l'indivisibilité de la filiation ? Il faut reconnaître que non.

En législation, il n'existe qu'un seul cas dans lequel la présomption de paternité n'atteint pas l'enfant dont la filiation maternelle légitime est établie. La loi du 19 février 1933 (art. 313, al. 2) a prévu que celui qui est né plus de 300 jours après l'ordonnance de résidence séparée permettant à ses parents (au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps) de ne plus cohabiter, est automatiquement rattaché au second mariage de sa mère si celui-ci a emporté légitimation.

En jurisprudence, on chercherait vainement dans les positions définitivement prises par la cour régulatrice une règle emportant parfois dissociation de la maternité et de la paternité légitime lors de l'établissement d'une filiation.

La question s'est posée à maintes reprises à propos de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime. De nombreuses juridictions avaient refusé le principe traditionnel lorsqu'à l'évidence (les parties le reconnaissaient parfois !) l'enfant était adultérin. La Cour de cassation elle-même a beaucoup hésité mais a finalement admis l'interdépendance des deux liens de filiation (2).

Est-ce à dire que la vérité importe peu aux magistrats ? Certainement pas. Il suffit de remarquer qu'une solution ferme n'a pas pu être dégagée avant 1960. Mais les juges ont estimé que les textes du Code ne leur permettaient pas de décider autrement. La solution était peut-être souhaitable, mais elle n'eût pas été juridique.

Dans bon nombre d'arrêts relatifs à la réclamation d'état, l'action était introduite par le mari. C'est lui en effet qui a reçu mission de diriger la famille, de veiller sur sa composition. Cette prédominance du mari est-elle au service de la vérité ? Ce droit peut trouver à s'exercer dans deux hypothèses fort différentes. Il s'agit tantôt de faire entrer un enfant dans la famille légitime, tantôt de l'en faire sortir. Mais dans les deux cas, il est clair que l'on a d'autant plus de chances d'atteindre la vérité qu'un nombre plus important d'individus est autorisé à la rechercher. Tout monopole restreint les chances de manifestation de la vérité (à condition bien sûr que les tribunaux se montrent fermes pour l'administration de la preuve).

En 1804 le mari pouvait seul exclure un enfant du cercle familial, mais il ne pouvait pas l'y ramener si par hasard la filiation maternelle n'était pas établie. Cette contradiction dans sa mission

(2) Cass. civ., 7 juill. 1960, D. 60.738, note HOLLEAUX ; Cass. civ., 15 nov. 1960, D. 60.738, note HOLLEAUX.

cessa en 1941 (3) : l'arrêt Albano Da Re a dans une certaine mesure fait une plus large part à la vérité puisqu'il a augmenté les droits du mari en le rendant recevable à exercer l'action en réclamation d'état.

Il reste alors l'autre face du problème : les droits du « pater familias » en matière de désaveu, droits qui sont exclusifs. Deux raisons sont généralement invoquées pour justifier cette exclusivité.

Tout d'abord le mari serait le mieux placé pour savoir s'il est ou non le père de l'enfant. C'est donc par souci de vérité que l'action aurait été réservée à une seule personne. Cette raison est évidemment mauvaise : l'épouse connaît la réalité aussi bien sinon mieux que son mari.

On invoque alors l'honneur de la famille derrière lequel la vérité doit s'effacer. L'époux seul est chargé de le défendre. Il doit être maître de décider s'il convient ou non de révéler l'adultère de sa femme. Mais cette conception autoritaire de la famille est ici critiquable. Agit-il « dans l'intérêt de la famille » celui qui refuse le désaveu afin d'empêcher la légitimation de l'enfant adultérin ou afin de se venger du départ de son épouse ? (4). La défense de l'intérêt de la famille implique au moins l'existence d'une famille ! D'autre part en voulant sauvegarder l'honneur de la famille et celui de l'épouse, on oublie quelque peu la personne de l'enfant. L'enfant s'efface derrière la famille. Il devient un être abstrait à la merci des fantaisies du mari, il est objet de droit plutôt que sujet de droit (5). Son droit à la vérité disparaît derrière le droit au secret que l'on accorde trop largement à son père.

Malgré ces critiques, la jurisprudence n'a pas cru pouvoir battre en brèche le monopole du mari (6). Un seul tribunal, celui de Chaumont (7), a osé attaquer de front cette règle séculaire en accordant à l'enfant les mêmes prérogatives qu'à son « père ». « Attendu que l'action en contestation exercée par l'enfant est recevable, s'il est établi ... que le demandeur n'a jamais eu la possession d'état d'enfant légitime. » Juridiquement, en l'état des textes, la solution est difficilement admissible. Le jugement se fondait sur une interprétation *a contrario* de l'article 322 du Code civil qui permettrait, lorsque la possession d'état et l'acte de naissance ne coïncident pas, de contester non seulement la maternité mais la paternité.

(3) Cass. Req., 6 mai 1941, D.C., 41.108, note HOLLEAUX, J.C.P., 42.1819, note DESBOIS.

(4) Cass. civ., 10 mai 1955, Bull. Cass., 55.164.

(5) Voir du PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », Mélanges offerts à M. le Professeur P. Voirin, p. 678 (686).

(6) De nombreux auteurs se sont prononcés contre le monopole du mari, E.-S. de la MARNIÈRE, Bull. Serv. jur. protection de l'enfance, 1966.29 et 1968.23.

(7) 29 sept. 1958, G.P., 58.2.325.

A vrai dire, cette prétention de l'enfant n'était pas plus hardie que celle de l'auteur d'une reconnaissance qui dans une action en réclamation d'état entendait utiliser à son profit l'article 325 et établir que l'enfant n'était pas né du mari. Mais dans les deux cas on oubliait qu'un article du Code ne doit pas être envisagé isolément, qu'il doit être replacé dans l'ensemble de la matière envisagée. Or contredire une filiation paternelle légalement établie, c'est vouloir supplanter le mari dans un droit qui lui est strictement personnel.

Le jugement du tribunal de Chaumont n'a pas été frappé d'appel (8). Mais les tribunaux ont statué à plusieurs reprises dans des procès où une personne étrangère à la famille voulait indirectement remettre en cause ce monopole du mari. La Cour de cassation a réaffirmé que personne en dehors du mari ne peut combattre la présomption de paternité (9). Ici encore, la solution n'a pas été acquise sans réticence puisque la jurisprudence ne s'est définitivement fixée qu'en 1960.

La règle légale subsiste donc bien dans sa généralité avec autant de force qu'au début du XIX^e siècle (10). Cependant, dans différentes hypothèses, la paternité d'un homme marié peut être remise en cause au moyen de techniques qui ne sont pas celles du désaveu, mais aboutissent en fait à des solutions voisines.

Il est intéressant de noter, dans cette perspective, la distinction entre la contestation de légitimité et le désaveu de paternité.

La première action est ouverte plus largement que la seconde. En réalité, la contestation de légitimité entraîne bien souvent une contestation de la paternité.

Tout intéressé peut d'abord contester la légitimité d'un enfant en prouvant que ses parents vivaient en union libre (11). Non seulement la qualité de la filiation est remise en question, mais aussi son existence même. La filiation légitime disparaissant, une filiation naturelle n'apparaît pas « ipso facto » : il faut pour cela procéder à une reconnaissance volontaire ou à une action en recherche de filiation naturelle, ce qui sera impossible vis-à-vis du parent de l'enfant déjà marié lors de la conception.

(8) A moins que l'arrêt n'ait pas été publié, ce qui est peu vraisemblable. Personne sans doute n'avait intérêt à interjeter appel.

(9) Civ., 15 nov. 1960, D. 60.738, note HOLLEAUX.

(10) L'article 313, al. 2, modifié par la loi du 19 février 1933, n'est pas une exception pertinente. Il ne consacre pas un « désaveu automatique » puisque juridiquement l'enfant n'est pas rattaché au premier mari de sa mère. On ne peut désavouer qu'un enfant qui vous appartient ou est susceptible de vous appartenir (article 325).

Sous cette réserve néanmoins, il est au pouvoir de la mère dans ce cas de séparer définitivement l'enfant de son premier mari.

(11) Même s'il a une possession d'état conforme à son acte de naissance, s'il est déclaré né de X... et Y..., conjoints légitimes. Cass. civ., 14 janv. 1964, D. 64.193.

On peut, de même, contester la filiation légitime d'un enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère. Mais nous nous retrouvons alors dans une situation qui n'est pas très éloignée de celle que nous venons d'examiner. L'enfant ne peut jouir que d'une filiation naturelle dont l'établissement volontaire est impossible vis-à-vis du parent décédé.

En toute hypothèse, l'enfant risque d'être un moment au moins sans filiation. A cause de ce hiatus la contestation de légitimité, ouverte à tout intéressé, a pour conséquence une contestation de la filiation elle-même.

Reste alors un dernier cas dans lequel la paternité d'un homme marié peut être indirectement remise en cause par un autre que le mari : une femme accouche entre le 180^e et le 300^e jour suivant l'ordonnance du président du tribunal qui, au cours d'un procès en divorce ou en séparation de corps, l'a autorisée à résider seule. Si, cette femme ayant contracté un second mariage, l'enfant se trouve légitimé, il pourra préférer sa légitimité acquise à sa légitimité d'origine. « La présomption de *légitimité* ... n'est établie qu'en faveur et au profit de l'enfant » (12). Le premier mari est donc bien juridiquement le père de l'enfant mais il n'est pas le seul à pouvoir faire éclater l'adultère de son épouse. L'enfant bénéficie aussi de cette faculté. Bien que conçu et peut-être né pendant le mariage de ses parents, il est autorisé à imposer à son « père » son exclusion de la famille légitime. C'est donc une limitation partielle mais intéressante du monopole du mari en matière de désaveu. Car c'est bien d'un désaveu qu'il s'agit et non d'une contestation de légitimité comme pourrait le laisser penser la formule de la Chambre des requêtes. L'article 331 alinéa 2 1^o déclare en effet que les enfants adultérins *a matre* ne peuvent être légitimés que s'ils ont été désavoués.

Ce recul des principes de l'organisation de la famille légitime au profit de la vérité s'explique ici par deux raisons : l'enfant peut choisir sa filiation parce que vraisemblablement c'est bien son père qui l'a reconnu et légitimé par le mariage, et aussi parce que cette solution est conforme à ses intérêts.

L'intérêt de l'enfant est une idée qui a souvent guidé les rédacteurs de notre Code.

§ 2. — Souci de la vérité et intérêt de l'enfant.

Pour les rédacteurs du Code civil, toute attitude de faveur envers l'enfant impliquait l'octroi du statut de la légitimité. Un individu

(12) Cass. Req., 23 sept. 1940, D.C., 41.4, note LALOU.

ne pouvait retirer aucun avantage d'une filiation naturelle puisque cet état ne lui conférait que des droits successoraux très faibles et le soumettait à la réprobation sociale. La société de son côté n'avait rien à y gagner, surtout lorsque l'irrégularité de la naissance se doublait d'un adultère : la révélation d'un tel scandale compromettait peut-être irrémédiablement la « paix des familles » et pesait définitivement sur l'avenir de l'enfant qui, au surplus, ne pouvait espérer aucune modification de son état.

Cette conception a pénétré tout notre Droit de la filiation. Citons par exemple la force de la présomption de l'article 312, la longueur de la période au cours de laquelle se situe la conception, l'article 315... En augmentant le nombre des enfants légitimes et en multipliant les obstacles au désaveu de paternité, on pensait agir dans l'intérêt des particuliers autant que dans celui de la collectivité. Sans doute aujourd'hui encore est-il préférable généralement d'être enfant légitime plutôt qu'enfant naturel. Mais en 1804 ce point de vue était considéré une fois pour toutes comme préférable quelles que fussent les circonstances. En toute hypothèse l'enfant ne pouvait rien espérer de mieux que d'être légitime. La légitimité devait donc être largement attribuée et elle devait être maintenue, au plus grand bénéfice de l'enfant, tant qu'elle n'apparaissait pas comme un défi insupportable à la vérité. Même dans ce cas, le mari pouvait encore, malgré tout, continuer à faire jouir l'enfant de son épouse de la situation « la plus favorable » qui avait jusqu'alors été la sienne.

Tout un mouvement d'idées a progressivement permis une lente évolution, et la jurisprudence n'a pu éviter de reconsidérer le problème.

Refuser de voir la réalité sous prétexte qu'elle est scandaleuse est un bien piètre remède.

Les arguments d'ordre pécuniaire avancés au XIX^e siècle, s'ils sont loin aujourd'hui encore d'être négligeables (13), ont cependant perdu de leur importance.

Mais c'est surtout la pénétration du souci de la personne, dans un droit qui s'intéressait surtout aux biens, qui a transformé la conception de l'intérêt de l'enfant. Les psychologues (et aussi les médecins) ont mis en lumière les troubles profonds résultant pour l'enfant d'un manque d'amour de ses parents. La meilleure solution pour lui est-

(13) L'enfant naturel simple a droit à la moitié de ce à quoi il aurait pu prétendre s'il avait été légitime.

L'enfant naturel adultérin dispose d'une créance alimentaire contre son auteur marié.

elle donc toujours de jouir d'une filiation légitime, n'est-elle pas aussi de vivre entouré des deux parents qui lui ont donné la vie (14) ?

Parmi les solutions de principe élaborées par la jurisprudence, il nous faut revenir maintenant sur celle qui régit la situation de l'enfant né entre le 180^e et le 300^e jour suivant la fin de l'obligation légale de cohabitation de ses parents. Nous savons qu'il peut librement choisir de placer sa conception à n'importe quel moment de la période légale de 121 jours. C'est en fonction de son intérêt qu'il effectue son choix. Peut-il alors préférer une filiation naturelle à l'inclusion dans un foyer ? Son intérêt peut-il être de ne pas se considérer comme légitime ? Cette dissociation des deux idées pourrait élargir le champ d'application de la vérité. Mais la jurisprudence semble avoir voulu maintenir le lien entre les deux notions : le choix de l'enfant se limite en effet à une légitimité d'origine ou à une légitimité acquise (15).

Faut-il en conclure que la vérité sera aussi souvent ignorée ? En théorie, l'option de l'enfant est conforme à ses intérêts, qu'ils soient ou non conformes à la vérité (qu'on ne lui demande pas de prouver). En pratique, dans toutes les hypothèses que nous avons développées, si le choix a été exercé en faveur de la légitimité, il reposait selon toute vraisemblance sur des liens réels de filiation. La solution élaborée par la jurisprudence peut *théoriquement* favoriser ou défavoriser la vérité, elle est *pratiquement* utilisée au service de la vérité.

Cette coïncidence de l'intérêt de l'enfant avec une légitimité (qui n'est pas obligatoirement celle que lui attribuait l'acte de naissance et s'adapte ainsi mieux au réel) se retrouve aussi dans la loi du 19 février 1933 modifiant l'article 313 alinéa 2 dont nous avons déjà dit par ailleurs qu'elle consacrait un recul du monopole du mari en matière de désaveu. En effet, c'est uniquement dans le cas où l'enfant, certainement conçu alors que ses parents ne devaient plus entretenir aucune relation, a été légitimé par un remariage, que la filiation paternelle à l'égard du premier mari est définitivement supprimée.

(14) Comparer les directives de la Cour suprême de Pologne du 6 déc. 1952 (cité par CZACHORSKI, in Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, p. 20). « Il faut... mettre en garde les tribunaux contre une administration insuffisamment soignée de la preuve dans les affaires en établissement de paternité, sous l'influence d'une interprétation erronée de l'intérêt de l'enfant qui voudrait que l'enfant ait un père quelconque pourvu que celui-ci soit capable de subvenir aux besoins de l'enfant. » « L'État populaire a un intérêt essentiel à ce que la composition de la famille soit régulièrement établie, donc aussi la paternité de l'homme qui est réellement le père de l'enfant. »

(15) Trib. civ. Marseille, 6 janv. 1914, S. 14.2.125. Il n'existe toutefois aucune jurisprudence *fermement* établie sur ce point.

N'est-il pas encourageant de constater que lorsque le mariage est sur le point de disparaître, les époux étant très vraisemblablement étrangers l'un à l'autre, la loi et la jurisprudence ont conjugué leurs efforts pour rejeter ou permettre de rejeter, dans l'intérêt de l'enfant conçu à ce moment, l'application d'une présomption de paternité que tout dément.

Enfin, s'agissant maintenant directement du désaveu, on peut relever dans plusieurs décisions de jurisprudence, l'idée que « l'intérêt même de l'enfant ne fait pas obstacle au désaveu » (16). « Il est peu probable que l'enfant ait un intérêt au maintien d'un lien de parenté qui ne repose plus sur aucune donnée biologique, psychologique, et sociale » (17). « L'intérêt même de l'enfant ne s'accorde pas avec le bénéfice d'une légitimité fictive » (18).

Un des freins au succès des actions en désaveu est ainsi desserré. L'intérêt de l'enfant serait d'être là où est l'amour. Et dans la plupart des cas l'amour durable se rencontre là où existe un lien de filiation biologique (19). Certes, cette affirmation n'est pas absolue. Néanmoins, comment espérer un véritable pardon lorsque, au départ, la présence de l'enfant issu d'un adultère a été imposée au mari contre sa volonté ?

Les tribunaux ont bien senti que c'était là demander une chose à peu près impossible. C'est pourquoi sans doute de nombreuses décisions ont essayé d'assouplir les conditions du désaveu. Citons, à propos de l'article 312 : l'impossibilité morale de cohabitation complétant parfois l'impossibilité physique, l'extension de la notion d'impuissance accidentelle, à propos de l'article 313 : l'assimilation du recel de grossesse et du recel de naissance, l'inutilité de prouver directement l'adultère, à propos de l'article 314 : le refus (non unanime cependant) d'appliquer automatiquement les fins de non-recevoir, à propos de l'article 325 : l'absence de toute condition de recevabilité et donc, nous insistons sur ce point, la possibilité pour un mari bien informé de rejeter par tous moyens sa paternité (20).

Cette poussée vers la vérité en matière de filiation légitime s'est donc surtout manifestée à propos de la contestation du lien de pater-

(16) Trib. civ. Strasbourg, 15 juill. 1936, D.H., 36.566.

(17) Trib. civ. Chaumont, 29 sept. 1958, G.P., 58.2.325.

(18) Trib. civ. Chaumont, 1^{er} avril 1957, J.C.P., 57.10197, note Soudé.

(19) Nous avons volontairement exclu de cette étude la filiation adoptive.

(20) Il eut été intéressant de voir l'évolution de la proportion des actions en désaveu accueillies par rapport aux demandes formulées. Mais le ministère de la Justice, dans son compte général annuel, ne fournit des statistiques sur ce point qu'à partir de 1957. Il est donc difficile de tirer des renseignements convaincants d'une période aussi courte. Toutefois, en 1957, cette proportion était de 8,59 %. En 1962, elle était de 10 % (avec un maximum de 10,58 % en 1960).

nité. Le mari qui, envers et contre tout, peut s'attribuer les enfants de sa femme, dispose maintenant d'un peu plus de liberté pour exclure l'enfant adultérin. Les règles de procédure ont été elles aussi interprétées plus soupagement : les délais pour agir sont prorogés en cas de force majeure et l'unanimité n'est pas faite pour permettre aux juges d'en relever d'office la forclusion (ce qui pourra rendre possible un désaveu d'accord [21]).

La vérité apparaît ainsi comme une exigence de plus en plus impérieuse. Sous l'influence de quelles données le droit de la filiation a-t-il amorcé cette évolution ?

§ 3. — Quelques raisons du souci croissant de la vérité dans le droit de la filiation légitime.

Nous noterons tout d'abord la possibilité pour la femme adultère de divorcer, de se remarier avec son amant et de légitimer l'enfant. Mais pour que ce plan réussisse complètement, encore faut-il que l'enfant ait été désavoué, car la légitimation est subordonnée au désaveu. Cette action n'a donc plus seulement une fonction négative, destructrice : son succès est la condition nécessaire de l'insertion de l'enfant dans sa vraie famille. La disparition de la légitimité fictive n'a plus comme seul effet la cessation d'un lien de parenté mensonger, elle peut être le prélude à l'acquisition d'une nouvelle filiation.

Il est toujours à redouter, certes, que le mari s'abstienne de faire proclamer sa non-paternité dans le seul but de nuire à son épouse et à l'amant. Sur un plan législatif l'octroi de l'action à l'enfant ou au ministère Public (22) déjouerait ce calcul. Mais, quoi qu'il en soit, il nous semble que le réalisme du mari l'emportera le plus souvent sur sa haine. Car refuser de désavouer l'enfant implique pour lui la permanence d'une menace : celle de voir l'enfant (ou sa mère) lui réclamer, en justice au besoin, l'exécution de son obligation alimentaire. De plus cet enfant, en tant qu'héritier, appréhendera une partie

(21) En règle générale, si les deux parties sont d'accord pour ne pas invoquer l'expiration des délais, c'est que l'enfant n'est pas né du mari. D'ailleurs, en toute hypothèse, le mari doit établir, conformément aux conditions de recevabilité, qu'il n'est pas le père de l'enfant.

(22) En Droit allemand, le ministère public ne peut plus, depuis 1961, contester la légitimité. En compensation, la même loi a donné cette possibilité à l'enfant lorsque son père légal est décédé, lorsque les deux époux sont séparés de fait depuis trois ans sans espoir de reprise de la vie commune, lorsque la mère est atteinte par une grave maladie héréditaire, a un mode de vie déshonorant, a commis contre l'enfant une injure grave (art. 1596 B.G.B.). En Droit polonais, la contestation appartient au père, à la mère et à l'enfant (CZACHORSKI, in Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965, p. 15).

de sa succession. Il ne faut donc pas exagérer ce frein de la manifestation de la vérité.

Enfin, ce mouvement en faveur d'une recherche plus poussée de la vérité a été facilité sur le plan technique par les découvertes scientifiques. Une meilleure connaissance des faits qui sont concrètement à la base de la construction juridique s'avère maintenant possible.

Ne pas utiliser ces moyens, c'est vouloir ignorer une réalité, celle justement vers laquelle on devrait tendre. La raison admettait à la rigueur le système de présomptions lorsque c'était le seul moyen d'appréhender le réel. Mais ce n'était qu'un pis-aller, un palliatif en face d'une situation qui échappait à tout autre moyen d'approche plus rigoureux. La raison et la justice ne se satisfont plus aujourd'hui d'un moyen qui est trop souvent dépassé.

« Un jugement n'emportera adhésion du groupe social » (23) et la paix qu'il apportera ne sera solide que s'il repose d'abord sur une exacte connaissance du réel.

L'existence même de la famille légitime est une donnée avec laquelle le souci de la vérité doit composer; mais la famille n'est rien sans l'union de tous ses membres et c'est d'abord sur la vérité que repose une harmonie durable.

Si l'organisation de la famille est l'obstacle principal à la manifestation de la vérité en matière de filiation légitime, il semble que l'on puisse aborder avec optimisme l'étude des liens de filiation naturelle (24). La vérité devrait être facilement proclamée : la difficulté majeure n'est-elle pas levée du seul fait de l'inexistence d'une famille naturelle ?

Il est certain en effet que le problème ne se pose pas dans les mêmes termes : maternité et paternité sont indépendantes et doivent être établies séparément, la notion de « *pater familias* » est inexistante.

La grande difficulté va venir maintenant du fait que l'apparition d'une filiation naturelle n'est pas considérée comme souhaitable, alors qu'au contraire on favorisait grandement tout rattachement de l'enfant à une structure familiale légitime. Mais dans les deux cas, si les causes sont différentes, le résultat risque d'être le même : la vérité tendra à être sacrifiée.

Une grande idée commande tout le droit de la filiation : favoriser ce qui apparaît comme un encouragement à la morale. En conséquence, établir une filiation naturelle sera une entreprise malaisée, mais la contester sera beaucoup plus facile. On aboutit à des solu-

(23) H. LÉVY-BRUHL, « La preuve judiciaire », 1962, 24-29.

(24) « La famille naturelle est... plus encore que la famille légitime, une réalité du sang », SIGALAS, note au D. 1965.270.

tions inverses de celles que nous avons vues jusqu'à présent. Mais en toute hypothèse, la réalité biologique risque encore d'être bien souvent masquée.

Nous étudierons, au cours de cette seconde partie, dans quelle mesure le Code et les tribunaux ont essayé malgré tout de lui redonner la place qui devrait lui être reconnue.

LIVRE II

LE SOUCI DE LA VERITE EN MATIERE DE FILIATION ILLEGITIME

INTRODUCTION

52.000 enfants illégitimes sont nés en France en 1964 (1), ce qui représente une proportion de 6 % par rapport au nombre total des naissances (2).

(1) Rapport de l'IN.E.D. au ministre des Affaires sociales à propos de la régulation des naissances, publié dans la revue « Population », 1966, p. 646 (669). Selon la même source, il y a eu, en 1964, 874.000 naissances d'enfants vivants en France.

(2) 5,9 % exactement, selon l'Annuaire démographique 1965 des Nations Unies, v^o Natalité, tableau n^o 20 p. 526.

Pourcentage dans les pays étrangers (selon la même source) : Espagne : 1,8 % ; Belgique : 2,2 % ; Italie : 2,2 % ; Allemagne de l'Ouest : 4,8 % ; Suisse : 4,1 % ; Angleterre : 7,2 %.

Nous assistons à une régression du taux des naissances illégitimes (l'emploi des moyens anticonceptionnels n'y est sans doute pas étranger) : 1945 : 10 % ; 1950 : 7 % ; 1955 : 6,5 % ; 1958 : 6,1 %. Le pourcentage actuel de 5,9 % est stable depuis 1961.

Consulter, sur ce problème, outre l'Annuaire des Nations Unies, Etudes statistiques : supplément au Bulletin mensuel de Statistique, 1963, p. 267, Collogue sur la « Sociologie de la famille comparée », 1955 (notamment l'article de M. GIRARD) ; F. GUELAUD-LERIDON, « Recherches sur la condition féminine dans la société d'aujourd'hui », 1967, p. 54.

Les chiffres ainsi fournis sont sans aucun doute au-dessous de la réalité, car ces statistiques ne concernent que les enfants qui *naissent* illégitimes (ceux dont l'acte de naissance ne mentionne pas le nom d'une femme mariée). Elles ne tiennent pas compte des enfants nés légitimes et qu'un désaveu rendra ultérieurement illégitimes.

Quelles chances ont ces 52.000 enfants de voir un jour leur filiation établie ? Il n'est pas concevable de transposer à la filiation naturelle le système en vigueur pour la filiation légitime, du moins pour la paternité. Sans doute lorsque l'enfant est né d'une union libre mais stable, une certaine présomption de paternité pourrait peser sur le concubin. Mais pour celui qui a été conçu au hasard d'une rencontre passagère, aucun homme *a priori* ne peut être désigné comme père.

En pratique, deux systèmes sont concevables :

- soit s'en remettre aux déclarations, aux attitudes des parents, chacun d'eux ou bien n'avouant que son propre lien de filiation avec l'enfant, ou bien pouvant créer à la fois la paternité et la maternité ;
- soit demander le secours des tribunaux (ou plus largement d'un organe officiel) en leur donnant pour mission de rechercher les auteurs de l'enfant. Ce second procédé donnera peut-être des résultats plus conformes à la vérité, mais il ne peut guère être que subsidiaire car il est évidemment plus lourd.

Mais à vrai dire, ces considérations techniques sont secondaires. Elles n'entrent en ligne de compte qu'une fois résolu le problème de fond : doit-on permettre à des individus nés hors mariage d'être juridiquement rattachés à leurs auteurs ? Est-il toujours bon de permettre à la réalité biologique de se faire jour ? C'est là en effet la question essentielle.

Au centre du débat on retrouve la famille légitime, dans les pays surtout qui ont été marqués par le christianisme (3). Lorsque le mariage et l'union libre sont placés à peu près sur le même plan, l'établissement d'une filiation naturelle ne présentera pas de difficulté de principe. Le législateur sera au contraire beaucoup plus réticent s'il entend faire de la famille légitime la cellule fondamentale de la société.

Par ordre de sévérité croissante, différentes solutions sont possibles. Elles restreignent de plus en plus l'établissement du lien juridique de parenté :

- autoriser la preuve de la filiation naturelle grâce à l'aveu des parents ou à une action en justice ;
- considérer l'enfant comme un « *filiius nullius* » dans les seuls cas où sa naissance porte à l'institution du mariage une atteinte extrêmement grave. Ainsi lorsque la conception est la conséquence du

(3) Une distinction pourrait aussi s'établir entre paternité et maternité. Mais elle est plus compréhensible au stade du choix des moyens de preuve.

crime d'adultère, un certain nombre de législations latines imposent le secret de la naissance.

— interdire de manière absolue toute révélation d'un lien de parenté illégitime. Au nom de la défense de la famille, on refusera à certains êtres humains ce qui apparaît pourtant bien comme un droit naturel : fixer leur état dans la société (4).

Le choix entre ces différentes possibilités est influencé parfois par des considérations techniques : la maternité et la paternité peuvent obéir à des règles juridiques différentes car l'une est beaucoup plus aisée à connaître que l'autre. Mais l'option se fait surtout en fonction du degré de défaveur dont on entoure la filiation naturelle. Un des moyens les plus sûrs d'en éviter l'apparition est, bien entendu, d'en limiter les modes de preuve.

Par ailleurs, l'histoire et le droit comparé nous enseignent combien les législations sont sensibles à la « loi de balancement ou d'oscillation entre l'étendue des effets et la facilité de la preuve » (5). Il n'y a guère d'inconvénients à autoriser largement la recherche de filiation si cette action présente peu d'intérêt pour le demandeur, car le nombre des instances sera peu élevé et les usurpations de qualité ne tenteront personne.

Dans cette perspective, il apparaît qu'un moyen assez habile de concilier les diverses exigences inhérentes à la matière, consiste à refuser le principe de l'établissement de la filiation, mais en attachant au fait de la génération certaines conséquences. Ce système est issu de la tradition germanique. L'obligation d'élever ses enfants est un principe de droit naturel que le droit civil s'approprie. Les défenseurs de la famille acceptent volontiers cette solution car le lien de filiation ne sera pas juridiquement établi.

Le Droit français repose d'abord sur une distinction entre les enfants naturels simples et les enfants naturels adultérins ou incestueux. C'est pourquoi nous adopterons cette division dans nos développements.

La révélation d'une filiation naturelle est permise, et elle obéit à des lois plus souples permettant à la vérité de s'exprimer plus sûrement. Différents moyens de preuve sont autorisés et si la reconnaissance est le moyen normal de sanctionner juridiquement une

(4) V. GÉNY, « L'enfant naturel et la famille », in « Le maintien et la défense de la famille par le Droit », 1930, p. 117 (122) : « La filiation résulte de faits naturels qui ont pu être déterminés par la volonté de l'homme, mais qui s'établissent, comme les faits, par des moyens de preuve que la loi doit seulement réglementer, en vue de faire connaître la vérité, sans y introduire des éléments étrangers à ce but. »

(5) LHOSPIED, « Etude sur la recherche de paternité en droit comparé », 1914, p. 95.

réalité préexistante, les tribunaux ont reçu le pouvoir, en l'absence de tout acte de volonté, de déclarer néanmoins le lien de parenté. Ainsi, théoriquement du moins, une paternité ou une maternité naturelle a peu de chance de rester secrète, à partir du moment toutefois où un des intéressés directs a manifesté le désir de voir révélé le lien de filiation.

Au contraire, l'enfant naturel adultérin, c'est-à-dire celui dont la conception ou la naissance se situe à un moment où ses parents étaient dans l'impossibilité juridique de se marier, ne pourra faire proclamer sa filiation. Toutefois, depuis 1955, il peut réclamer à ses auteurs des aliments : la preuve de cette filiation *de fait* sera administrée par tous moyens. De plus sa filiation *juridique* sera exceptionnellement révélée par le jeu indirect de certaines institutions du Code civil.

PREMIERE PARTIE

VÉRITÉ ET FILIATION NATURELLE SIMPLE

Le Droit français actuel admet l'établissement de la filiation naturelle simple. Dans quelle mesure le souci de la vérité anime-t-il la mise en œuvre de ce principe ? On sait que la parenté peut résulter soit d'un acte de volonté de l'auteur de l'enfant soit d'une décision de justice. Dans les deux cas, certes, le but poursuivi devrait être le même : traduire juridiquement les liens du sang. En fait, la recherche de la vérité n'est pas toujours la préoccupation principale.

En ce qui concerne la reconnaissance, elle repose trop souvent sur la seule volonté d'un individu, sans aucun support biologique. Le XIX^e siècle faisait à la liberté des citoyens une confiance bien grande.

En ce qui concerne la recherche judiciaire de filiation, censée pallier, à partir de 1912 seulement, les inconvénients d'un libéralisme excessif, le législateur l'assortit de réserves fort nombreuses dont l'effet sinon le but fut d'écarter du prétoire un certain nombre de demandes bien fondées.

Nous examinerons ainsi dans un premier titre les rapports de la volonté et de la vérité dans la reconnaissance d'enfant naturel, puis, dans un second titre, les efforts déployés par la jurisprudence pour lever les obstacles posés par les textes à la recherche de la vérité dans la déclaration judiciaire de filiation.

TITRE PREMIER

RECONNAISSANCE DE L'ENFANT NATUREL ET VERITE

La reconnaissance d'un enfant est dans le Code civil français le moyen normal d'établir un lien de filiation naturelle. L'état de l'enfant dépend d'un acte de volonté émanant personnellement de chacun de ses parents et intervenant à n'importe quel moment de sa vie depuis sa conception jusqu'à sa mort, et même au-delà.

La volonté n'a au contraire, dans le droit de la filiation légitime, qu'un rôle restreint. L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la maternité et elle peut avoir été donnée par n'importe quel témoin de l'accouchement. De plus, la paternité en résulte automatiquement sans aucune intervention personnelle du mari. La filiation légitime est en principe, en dehors de tout contentieux, définitivement fixée dans les quelques jours suivant l'accouchement. Sans doute la volonté n'est-elle pas absente de la possession d'état, autre mode de preuve extra-judiciaire de la filiation. Mais cette volonté n'est prise en considération que si elle se traduit par un comportement soumis à l'épreuve du temps.

On pourrait logiquement s'étonner qu'un même fait physiologique obéisse à des règles de preuve différentes selon les conséquences qui y sont attachées. Mais, précisément, la connaissance de la réalité, c'est-à-dire la recherche de la vérité, est-elle le but poursuivi principalement par le législateur ? Nous savons déjà que le droit de la filiation légitime tend au premier chef à consolider les structures familiales et à conférer au plus grand nombre possible d'individus l'état qui, théoriquement, leur est le plus favorable. Sur le plan de la

filiation naturelle, qu'attend-on d'abord d'une reconnaissance : qu'elle consacre les liens du sang ou bien qu'elle procure à un individu un père ou une mère ? On rejoint ici la controverse célèbre, surtout depuis l'article d'A. Colin au début de ce siècle (1), sur la nature juridique de la reconnaissance.

L'acte de reconnaissance peut être analysé comme l'aveu d'un fait matériel. La mère confesse qu'elle a mis au monde tel enfant, le père déclare avoir eu avec une femme des relations qui ont entraîné une conception. Par sa reconnaissance, son auteur rend public un fait objectif dont il entend assumer désormais la responsabilité. Il pose un acte de volonté ayant pour support et pour cause des données physiologiques.

Mais on peut voir aussi dans la reconnaissance une sorte d'adoption, un acte d'engagement entièrement tourné vers l'avenir : on accepte l'enfant *comme* sien, on se considère dorénavant *comme* son père ou sa mère. Il ne s'agit plus du tout de prouver quelque chose, il s'agit de le créer. La vérité s'efface derrière la volonté.

Le Code civil n'a pas choisi entre ces deux conceptions théoriques. Il a seulement créé un certain nombre de règles qui ne peuvent s'expliquer que par référence à l'une ou à l'autre de ces positions de principe.

● Tout d'abord la reconnaissance résulte d'un simple acte de volonté, sans que la filiation doive, d'une quelconque manière, être vraisemblable. Cette solution peut-elle s'expliquer autrement que par la prééminence de la volonté sur la réalité des liens du sang ? Oui peut-être dans la mesure où des formalités trop lourdes, des explications trop précises rebutteraient celui qui s'apprête à reconnaître l'enfant, risqueraient de le faire changer d'avis, ou même l'empêcheraient de mettre à exécution son dessein dans le cas où son décès est imminent. Mais surtout l'article 334 doit être rapproché de l'article 339 qui permet à tout intéressé de contester une reconnaissance existante. Cette disposition est absolument incompatible avec l'idée que la volonté est le seul soutien de la reconnaissance. Si tel était le cas en effet, le souci de la vérité devrait être complètement étranger à l'annulation de l'acte juridique. Seul un vice du consentement (dol ou contrainte) ou un changement de volonté serait susceptible d'entraîner ce résultat. L'article 339 rend impossible cette explication. Le lien de filiation est la cause de l'aveu.

● Mais par ailleurs cette explication ne rend-elle pas un compte exact de la disposition de l'article 337 qui restreint les effets d'une

(1) A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de filiation », Rev. trim. dr. civ., 1902.257.

reconnaissance faite pendant le mariage et s'appliquant à un enfant né d'un autre que le conjoint ? Dans ce cas, dira-t-on, l'aveu du père ou de la mère se heurte à un obstacle indépendant de la réalité du lien de filiation. Au contraire, la semi-adoption est sans effet parce que « en se mariant chaque conjoint a contracté envers l'autre l'engagement implicite de ne point porter atteinte, par un acte ultérieur de sa volonté, aux avantages que lui ou ses enfants légitimes à naître attendent du mariage » (2). En tant que mari, l'homme s'est de plein gré interdit de faire ce que sa qualité de père lui imposerait. Sans nier la valeur de ce raisonnement, on pourrait répliquer que si la reconnaissance est dépourvue de ses principaux effets, elle reste néanmoins possible, ce qui se concilie mieux avec l'idée d'une reconnaissance-aveu : y procéder dans ces conditions ne présente guère d'intérêt pour un pseudo-adoptant mais correspond à l'exécution d'une obligation morale de la part d'un père ou d'une mère (3).

● Un troisième argument généralement invoqué est tiré de l'application en notre matière de la théorie des vices du consentement. Pourquoi une reconnaissance serait-elle annulée, pour contrainte par exemple, si elle correspond à la réalité ? Mais il est de jurisprudence certaine qu'un aveu, quelque soit son objet, n'est pas valable s'il a été extorqué par un moyen illicite.

● Ajoutons enfin qu'une reconnaissance prend effet rétroactivement au jour de la naissance et non pas au jour à partir duquel on l'accueille, pour l'avenir, l'enfant.

Au total, nous pensons que les solutions législatives et jurisprudentielles en matière de reconnaissance d'enfant naturel se comprennent mieux si on les explique par un recours à la notion d'aveu. *Le rôle de la volonté est d'exprimer une réalité biologique.* Ses effets sont ceux attachés au lien de parenté. Mais il reste que le Code civil n'a pas voulu adopter toutes les conséquences auxquelles devrait conduire une réglementation de la reconnaissance fondée uniquement sur le souci de la vérité.

Si l'on veut accorder une certaine place à cette donnée, un contrôle quelconque est indispensable. Mais selon que cet objectif sera ou non mis au premier plan, le contrôle interviendra avant ou après la reconnaissance (4). La réalité de la filiation sera une

(2) A. COLIN, art. précit., p. 278.

(3) On peut rapprocher de ce cas celui d'une reconnaissance posthume.

(4) Nous touchons ici à un problème beaucoup plus large : dans l'intérêt des tiers ou des parties, doit-on imposer à un acte juridique des conditions strictes de formation, éventuellement vérifiées par un juge (l'alourdissement des formalités évitera les erreurs) ou bien doit-on se contenter de l'annulation ultérieurement demandée aux tribunaux ? Le problème s'est notamment posé à propos de la constitution des sociétés.

condition de recevabilité de la reconnaissance, ou un moyen de l'anéantir. C'est à la seconde solution que se réfère notre système législatif : le souci de la vérité est absent de l'établissement du lien de filiation, il domine au contraire très largement tout le domaine de la contestation de la parenté.

SOUS-TITRE PREMIER

LA LIBRE CREATION DU LIEN DE FILIATION NATURELLE

C'est le principe de liberté qui domine l'établissement d'un lien de filiation naturelle. La volonté de l'homme est toute puissante. On reconnaît là une des formes de l'individualisme du XIX^e siècle. Ni l'in vraisemblance de la filiation, ni l'intérêt de l'enfant ne peuvent empêcher un individu de procéder à une reconnaissance.

Toutefois en 1804 déjà cette autonomie de la volonté se heurtait à quelques limites : l'aveu pour être valable devait remplir certaines conditions de forme et ne pas heurter certaines structures de la famille légitime.

Depuis cette date, la jurisprudence et la loi ont posé de nouveaux obstacles se justifiant soit par un souci de réalisme, soit par un désir de rendre plus cohérent l'ensemble du droit de la filiation naturelle.

Il s'agira donc pour nous de voir, à travers cette évolution, si nous pouvons nous associer à cette affirmation formulée récemment par un auteur à propos de l'ensemble du droit de la filiation naturelle : « L'étude de la Jurisprudence des vingt dernières années montre que la part accordée à la volonté, au détriment de la réalité biologique, est sans cesse croissante » (1).

(1) VÉRON, « Volonté du père et reconnaissance d'enfant », Rev. trim. dr. civ., 1967.521.

CHAPITRE PREMIER

La création du lien de filiation naturelle par la seule volonté.

Cette prééminence de la volonté revêt deux aspects : la réalité du lien de filiation serait-elle évidente pour tous, rien ne peut remplacer (en dehors d'une instance en justice) l'acte de volonté du père ou de la mère. Par ailleurs la filiation avouée serait-elle manifestement mensongère, la reconnaissance est néanmoins valable.

SECTION I

LA PUISSANCE CREATRICE DE LA SEULE VOLONTE

Le père ou la mère peuvent seuls reconnaître une paternité ou une maternité. L'aveu est un acte éminemment personnel que l'intéressé est seul à pouvoir faire (1) et que son décès rend donc définitivement irréalisable (2). Les parents du père ou de la mère ne peuvent se substituer à leurs fils ou à leur fille (3). De même la désignation du nom de l'autre parent est insuffisante pour créer un double

(1) Cass. civ., 8 mars 1948, D. 48.213, note LENOAN, à moins de recourir à un mandataire muni d'une procuration authentique spéciale ; Cass. civ., 17 févr. 1868, S. 68.1.165.

(2) Paris, 11 juin 1891, D. 92.2.533 ; *contra* : Metz, 21 juin 1853, D.P., 56.2.193. D'où l'intérêt de la jurisprudence autorisant les reconnaissances prénatales. Jurisprudence constante depuis Cass. civ., 16 nov. 1811, JI audiences C. Cass., 1812.1.111 jusqu'à Cass. civ., 6 juill. 1960, D. 60.510, note HOLLEAUX. En cas de naissance de jumeaux : Trib. civ. Montpellier, 25 juin 1958, G.P., 58.

(3) Cass. Req., 11 juill. 1826, JI audiences C. Cass., 1826.1.413.

lien de filiation (4) (sous réserve de l'art. 336 C. civ. que nous examinerons ultérieurement). Enfin l'indication du nom des parents par l'enfant est elle aussi sans effet. D'ailleurs le consentement du bénéficiaire n'est pas requis pour la validité de la reconnaissance (5).

Le caractère strictement individuel de la reconnaissance s'explique par son double fondement. La reconnaissance est un engagement pour l'avenir : celui qui devra l'assumer est seul à pouvoir en prendre la responsabilité. La reconnaissance est aussi la constatation d'un fait passé : celui qui l'a vécu est seul à en connaître toutes les données (du moins pour la paternité).

Ce second fondement permet de comprendre la jurisprudence ayant autorisé un mineur à procéder à une reconnaissance (6). C'est l'intérêt de la vérité, c'est aussi celui de l'enfant. Pour la même raison la reconnaissance peut s'appliquer à un enfant décédé.

A partir du moment où une personne désire établir un lien de filiation, les plus grandes facilités lui sont offertes. Mais tout est subordonné à cet acte de volonté. L'inscription sur les registres de l'état civil et la possession d'état, modes de preuve de la filiation légitime, sont inconnus du droit de la filiation naturelle.

§ 1. — L'inefficacité des mentions de l'acte de naissance.

L'indication du nom des parents dans l'acte de naissance ne crée pas la filiation. C'est un exemple net de l'importance du rôle de la volonté dans la création des liens du sang. Qu'il s'agisse de filiation légitime ou de filiation naturelle, lorsque l'employé de la maternité fait inscrire une naissance à l'état civil, il y a autant de chances pour que dans les deux cas cette indication soit conforme à la vérité. Or l'inscription d'une maternité légitime crée la filiation, l'inscription d'une maternité naturelle ne suffit pas.

La raison en est simple : le législateur a voulu que la filiation naturelle ne puisse être créée que par un acte de volonté expresse, par une sorte d'acte d'approbation. L'établissement d'une filiation hors mariage est considéré comme une flétrissure que chacun est libre de repousser. Son établissement ne doit donc émaner que de l'intéressé direct dûment averti. Un tiers ne peut pas le lui imposer

(4) Mais elle est indispensable en cas de reconnaissance prénatale. Sinon l'identité de l'enfant ne pourrait être connue.

(5) En Espagne et à Cuba, la reconnaissance d'un enfant mineur en dehors de son acte de naissance doit être approuvée par la justice.

(6) Cass. civ., 22 juin 1813, *Jl audiences C. Cass.*, 1813.1.360 ; Cass. Req., 4 nov. 1835, S. 35.1.785 ; cf. le recueil des plaidoyers de M. le baron MOURRE, cité au *Journal des audiences* de 1813 : « Il serait bien malheureux qu'un mineur ne fût pas capable de déclarer un fait et de rendre hommage à la vérité. »

et c'est le risque que l'on courrait si toute indication du nom des parents créait juridiquement la filiation. Ce même risque n'existe pas en matière de filiation légitime; inscrire un enfant légitime à l'état civil est un acte honorifique que le mari s'empressera d'accomplir. Et même si à l'insu du père un tiers faisait cette démarche, aucune conséquence fâcheuse n'en résulterait puisque l'effet produit ne pouvait qu'être souhaité par le père.

Un tel raisonnement attribue à la volonté une importance de premier plan au détriment de la vérité et repose sur des données qui ne nous semblent plus exactes maintenant. L'opposition sur le plan psychologique entre les deux catégories de filiation est loin d'être aussi tranchée : on ne voit pas très bien quelle peut être la fierté d'un mari qui, absent pendant toute la durée de la conception, trouve au retour sa femme enceinte. De plus on considère beaucoup plus volontiers aujourd'hui que l'« honneur », celui qu'il s'agissait de ne pas ternir par une révélation inopportune, doit passer après la vérité et après l'acceptation des responsabilités.

On ne s'étonne donc pas dans ces conditions que la solution, traditionnellement admise en jurisprudence depuis 1872 (7), ait pu être remise en question à propos de la filiation maternelle. Il était plus facile d'essayer de conférer un rôle créateur à l'indication de la filiation maternelle en raison de sa certitude. Le même procédé appliqué à la filiation paternelle risquerait de ne pas servir la vérité, du moins lorsque l'homme indiqué comme étant le père n'est pas le déclarant (8).

Cette question a récemment connu un regain d'actualité en raison d'une convention internationale émanant de la commission internationale de l'état civil et dont la ratification fut demandée par le Gouvernement en janvier 1964. Si le Parlement avait voté ce projet de loi, l'article 334 aurait été ainsi modifié : « l'acte de naissance portant indication du nom de la mère aura les mêmes effets qu'une reconnaissance de la part de celle-ci » (9). L'objet de ce traité était

(7) Cass. civ., 3 avr. 1872, S. 72.1.113 ; Cass. civ., 1^{er} juin 1942, G.P., 42.2.36 ; Cass. soc., 9 févr. 1945, G.P., 45.1.129. Avant 1872, une opposition existait, semble-t-il, entre la chambre criminelle qui refusait la solution actuelle (1^{er} août 1845, S. 45.1.840 ; 16 févr. 1843, S. 43.1.915) et la chambre civile qui paraissait admettre que l'acte de naissance dans lequel figurait le nom de la mère valait preuve de la filiation (1^{er} juin 1853, D.P., 53.1.481 ; 19 avr. 1856, D.P., 56.1.412).

(8) On se souvient des conséquences fâcheuses auxquelles avait parfois donné lieu dans l'ancien Droit l'application de la maxime « *Creditur virgini parturienti* ». Et cependant l'indication du nom du père n'avait que des conséquences limitées : le paiement des « frais de gésine ».

(9) Consulter R. SAVATIER, « Est-ce possible ? », D. 1963, chr. 229, et « Le droit, l'amour et la liberté », pp. 162 et suiv. ; Revue de l'action populaire, mars 1965, p. 366 ; PONSARD, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », Mélanges Savatier, p. 778 (793).

sans doute d'abord d'unifier les législations en étendant à tous les pays signataires le système que connaissent déjà l'Allemagne, la Suisse, le Mexique, la Roumanie, la Turquie, le Vénézuëla, l'U.R.S.S. Ce bouleversement du droit français était-il souhaitable ?

La réglementation actuelle est hybride. De deux choses l'une, nous semble-t-il : ou bien la mère désire garder le secret de son accouchement et elle évitera alors soigneusement que son nom figure à l'état civil ; ou bien elle veut donner une filiation à son enfant et elle procédera alors normalement à la reconnaissance.

Une enquête publiée en 1950 (10) révèle qu'actuellement (11) la plupart des mères savent que la mention de leur nom dans l'acte de naissance ne suffit pas à donner une filiation à l'enfant. A supposer qu'une erreur de droit ait été commise, elle serait rapidement découverte car l'octroi des prestations familiales est subordonné à la reconnaissance. On voit mal, dans ces conditions, l'intérêt que présente pour une femme notre système actuel (12). Les officiers d'état civil que nous avons pu interroger nous ont indiqué qu'il était rare pour un enfant naturel d'être « rattaché » à sa mère uniquement par l'état civil.

On voit mal d'autre part quels auraient été les inconvénients de la réforme proposée. Le texte n'a jamais envisagé de rendre obligatoire la déclaration du nom de la mère à l'état civil (13).

Sans doute les adversaires de ce projet soutiennent-ils qu'il contribuerait notablement à imposer une maternité à une femme contre son gré, dans le cas notamment où un tiers dévoilerait dans la déclaration

(10) HOUIN, « Une enquête sur l'application du droit dans la pratique », Rev. trim. dr. civ., 1950.18.

(11) La situation semblait différente au début du siècle. Au cours d'une séance de la Société d'études législatives, en 1919 (Bull. Soc. et Législ., 1919.29), fut discutée une proposition tendant à faire résulter la maternité de la mention du nom de la mère à l'état civil. M. Lévy rapporta la pratique qui s'était instituée dans la mairie du VIII^e arrondissement : chaque semaine, un employé municipal se rendait dans les maternités pour faire signer aux accouchées « les actes de naissance de leurs enfants dans lesquels la reconnaissance est incluse : le nombre des enfants naturels non reconnus par leur mère, qui était, par rapport à celui des enfants reconnus, dans une proportion de 34 % avant le déplacement des registres, est tombé ainsi à moins de 3 % ».

(12) La jurisprudence admet toutefois que l'enfant peut porter le nom de sa mère : Trib. civ. Argentan, 4 juill. 1894, S. 1900.2.81, en note ; Trib. civ. St-Sever, 10 août 1899, S. 1900.2.81, note PERREAU ; Limoges, 10 avr. 1907, D. 08.2.12 ; Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 25 avr. 1913, S. 20.2.105, note PERREAU. Mais cette attribution du nom est difficile à justifier juridiquement. Sur ce problème, V. BOCROS, « Essai sur les conséquences juridiques de la filiation naturelle de fait », 1923, p. 31.

(13) Si cette déclaration était obligatoire mais n'entraînait pas l'établissement de la filiation, on irait vers une multiplication des actions en recherche de maternité, car cette indication constituerait un « indice grave » contribuant fortement à entraîner la conviction du tribunal.

de naissance l'identité de la femme sans en avoir été chargé par l'intéressée. Mais cette critique n'est pas pour nous déterminante. Tout d'abord le même risque existe aussi en matière de filiation légitime — il est même plus grave en raison de l'interdépendance des filiations maternelle et paternelle — et cependant personne n'a jamais songé à modifier ici la législation. De plus pour éviter cet inconvénient il suffit d'exiger du tiers la remise d'un papier signé par la mère et dans lequel elle indique sa volonté de voir l'enfant lui être rattaché.

Nous croyons donc que le projet de loi de 1964 aurait présenté deux grands avantages : introduire un peu plus de cohérence dans le droit de la filiation et favoriser la manifestation de la vérité (14). Pourquoi dès lors avoir refusé une modification des textes, modification déjà préconisée au surplus par la commission de réforme du Code civil. L'article 504 est en effet ainsi rédigé : « La filiation maternelle d'un enfant naturel se prouve par l'acte de naissance ou par l'acte de naissance ou par la reconnaissance faite par la mère. »

L'article 512 de ce même avant-projet de réforme prévoit d'autre part un mode de preuve subsidiaire : la possession d'état. Ce moyen est actuellement écarté par notre Droit.

§ 2. — L'inefficacité de la possession d'état.

On ne peut acquérir par prescription la qualité d'enfant naturel. Le temps ne peut ici transformer une situation de pur fait en situation de droit. Un enfant qui a toujours été élevé par ses parents au vu et au su du public ne détient par là même une preuve de sa filiation que si ses parents étaient mariés lors de sa conception ou de sa naissance. Sinon sa possession d'état est à elle seule juridiquement inefficace pour établir le lien de filiation.

Cette solution, sur un plan législatif, est injustifiable. Sans doute une possession d'état d'enfant naturel ne peut-elle exactement se calquer sur une possession d'état d'enfant légitime puisqu'il n'existe alors aucune « famille » au sein de laquelle l'enfant pourrait prendre place. Mais il n'y a là qu'un obstacle technique. Les caractéristiques essentielles restent les mêmes. Donner à un enfant tout l'amour d'un père ou d'une mère sans que personne ne songe à nier la réalité du lien de filiation, n'est-ce pas manifester avec certitude l'existence de données biologiques ? Demolombe avait fort bien montré que « la possession d'état est une reconnaissance continue, persévérante, de tous

(14) Un problème subsisterait, nous l'avons rencontré à propos de la preuve de la maternité légitime : celui de contrôle de l'existence de l'accouchement et de l'identité de la mère.

les jours, de tous les instants, et offrant ainsi, au plus haut point, toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité » (15).

Mais l'absence de texte analogue à celui de l'article 320 pour la filiation légitime, empêche l'admission de ce mode de preuve. C'est du moins la raison qu'en donna la Cour de cassation en 1851 (16). La possession d'état équivalait peut-être en fait à une reconnaissance implicite, elle a sans doute une valeur probante au moins égale, mais le Code civil a voulu en dehors de toute instance en justice n'attacher d'effet créateur qu'à l'acte de volonté exprès, formel (17).

Cette infériorité de la possession d'état est d'autant plus critiquable que l'aveu de paternité ou de maternité, intervenant dans les formes nécessaires, ne présente aucune garantie de sincérité.

SECTION II

L'ABSENCE DE TOUT CONTROLE SUR LA VERACITE DE LA RECONNAISSANCE

L'inexistence du lien du sang n'est pas un obstacle à la reconnaissance. Par la seule volonté d'une personne, une maternité ou une paternité ne reposant sur aucune donnée biologique peut être créée. Aucun contrôle de vraisemblance n'est institué. Il n'est même pas nécessaire comme dans certains pays étrangers (18) qu'existe entre l'enfant et son auteur une différence d'âge telle que la filiation soit au moins possible. Théoriquement un homme pourrait se déclarer père d'une personne plus âgée que lui ! Si la jurisprudence n'offre pas d'exemple d'une telle aberration, elle montre cependant l'existence de reconnaissances faisant remonter la conception à un moment où son auteur était âgé de dix ans et demi (19), onze ans et demi (20) ou douze ans (21) (22).

(15) T. V, n° 47.

(16) Civ., 17 févr. 1851, D.P., 51.1.113, S. 51.1.161.

(17) Art. 512, avant-projet de réforme du Code civil : « A défaut d'acte de naissance portant indication du nom de la mère ou de reconnaissance faite par la mère, la filiation maternelle d'un enfant naturel se prouve par la possession continue de l'état d'enfant naturel. »

(18) Afrique du Nord, Egypte, Liban (selon les règles du droit musulman), Yougoslavie, Hongrie. Par ailleurs, certaines législations rendent nécessaire l'accord de la mère : Pologne.

(19) Trib. civ. Seine, 3 juill. 1913, Tables G.P., 12-20, n° 91 à 94.

(20) Trib. civ. Seine, 21 févr. 1913, Tables G.P., 12-20, n° 75 à 83.

(21) Colmar, 14 févr. 1950, J.C.P., 50.5853, note J. SAVATIER (la contestation fut repoussée).

(22) Dans une lettre au maire de Batignolles, le procureur de la République recommandait d'enregistrer la reconnaissance dès lors que la paternité n'est pas

Toute mesure préventive permettant de s'assurer, sinon de la réalité de la filiation du moins de sa possibilité est exclue.

C'est surtout à l'occasion des légitimations qu'ont lieu les reconnaissances de complaisance. En pratique les officiers d'état civil, au lieu de les freiner, semblent bien les encourager. Pour eux l'intérêt de l'enfant doit prévaloir : dans l'immédiat son intérêt est de vivre « régulièrement » au foyer de sa mère.

On comprend sans doute leur position : il est de leur devoir de signaler aux futurs mariés la nécessité d'une reconnaissance pour donner à un enfant déjà né le statut d'enfant légitime (23) et, dans l'euphorie du mariage imminent, ils peuvent penser que l'enfant sera heureux dans le nouveau ménage. Quant aux contestations de reconnaissance, elles sont moins nombreuses que les reconnaissances elles-mêmes : d'abord parce que l'aveu peut tout de même correspondre à la réalité ! et ensuite parce que même s'il est mensonger et même si l'intégration de l'enfant dans la famille légitime se révèle être un échec, l'action en justice ne sera pas toujours exercée. De toute façon, même si une contestation a lieu, elle ne parvient aux mairies que sous la forme bien sèche d'un acte dépersonnalisé émanant de l'avoué du demandeur.

Il est vrai aussi que les officiers d'état civil ne pourraient pas, même s'ils le désiraient, refuser d'enregistrer une reconnaissance manifestement mensongère. Mais ce qu'ils pourraient au moins faire, c'est attirer l'attention de l'auteur de la reconnaissance sur les pénalités qu'il encourt en créant à un enfant un état civil mensonger (art. 147 c. p.) (24). L'instruction générale sur l'état civil recommande d'ailleurs cette solution (25).

absolument impossible (le « père » avait en l'espèce un peu plus de 13 ans). Lettre du 17 sept. 1849, S. 50.3.28.

(23) Mais s'adressant à des personnes peu familiarisées avec le langage juridique, ils doivent soigneusement préciser le sens des expressions qu'ils emploient. M. COURTAIGNE (« Reconnaissances ou galéjades ? », Bulletin de la fédération des avoués de France, juillet 1963) rapporte un cas dont il a eu personnellement connaissance : l'officier public demande à la jeune fille si elle reconnaît les trois enfants de son fiancé. Elle répond par l'affirmative, croyant que la question signifiait : « Reconnaissez-vous que votre fiancé a trois enfants ? »

(24) Tous les éléments constitutifs du délit sont réunis (pour la filiation légitime, voir *supra*, p. 57) : altération voulue de la vérité, altération portant sur la substance même de l'acte, préjudice causé. Les poursuites sont cependant rarement engagées « pour des raisons d'opportunité et souvent de prescription » (M. VÉRON, « Volonté du père et reconnaissance d'enfant », Rev. trim. dr. civ., 1967.521, note 6).

(25) Art. 234 : « L'officier d'état civil ne peut... exiger du déclarant la justification de son identité. Il lui est simplement conseillé, si la reconnaissance lui paraît mensongère ou faite sous l'identité d'un tiers, d'appeler l'attention du déclarant sur les peines auxquelles il s'expose en cas de fausse déclaration..., et de signaler éventuellement au Parquet la reconnaissance qui serait ainsi soumise. »

La solution actuelle, c'est-à-dire l'absence de toute condition de vraisemblance au moment de la reconnaissance, présente cependant un avantage : elle permet de saisir immédiatement une manifestation de volonté qui, peut-être, n'est que temporaire. L'aveu de paternité ou de maternité n'est pas toujours la conséquence d'une décision mûrement réfléchie, il peut résulter d'une impulsion sentimentale, de la visite de l'enfant par exemple, ou encore d'un danger que l'on croit imminent. Il faut donc préserver cette chance de voir ainsi la vérité révélée.

Mais cette exigence n'est pas inconciliable avec l'instauration de certaines mesures destinées à éviter la création de liens de filiation fictifs (26). Les tribunaux, nous le verrons, ont suffisamment mis en lumière les inconvénients des légitimations de complaisance pour que le législateur doive y remédier.

On pourrait concevoir que la reconnaissance s'effectue en deux étapes : l'officier public recevrait d'abord l'aveu du père ou de la mère, puis saisirait le Parquet qui devrait effectuer une enquête officieuse. La reconnaissance prendrait effet au jour où elle a été reçue si les résultats de l'enquête n'étaient pas en opposition avec l'affirmation du père ou de la mère. Dans le cas contraire, la « reconnaissance » serait non avenue.

Le rôle du Parquet serait simplement de s'assurer que la filiation de l'enfant n'est pas, *a priori*, impossible, en recherchant notamment si les jeunes gens se connaissaient à l'époque de la conception. On éviterait ainsi des reconnaissances comme celle dont nous parlait le maire d'une petite commune : un militaire américain en France depuis dix-huit mois lors de son mariage, légitime un enfant de la jeune fille, alors âgé de cinq ans !

Peut-être d'ailleurs conviendrait-il aussi d'assouplir les conditions de l'adoption (27) : elle pourrait être rendue possible, chaque fois qu'un des époux est l'auteur de l'enfant, malgré la présence de descendants légitimes. Elle devrait servir l'intérêt de l'enfant naturel, et notamment s'appuyer sur un mariage ayant déjà donné certains gages de solidité.

Ainsi serait mieux assurée la distinction entre la filiation adoptive reposant ouvertement sur la seule volonté des parents, et la filiation

(26) RALINCOURT, « Réflexions sur l'article 339 du C. civ. », J.C.P., 58.1.1442 ; COURTAIGNE, art. précit. ; *contra* : J. SAVATIER, « Les légitimations de complaisance », D. 1950, chr. 9.

(27) L'adoption de son enfant naturel est admise en jurisprudence depuis longtemps (Cass. civ., 1^{er} févr. 1846, D. 46.1.81). L'article 343.1 C. civ. mentionne expressément l'adoption de l'enfant du conjoint.

naturelle reposant d'abord sur les liens du sang et accessoirement sur la volonté (28).

En 1804, d'ailleurs, la liberté de l'auteur de la reconnaissance, si elle était placée au premier plan, n'était cependant pas absolue. L'évolution ultérieure des textes et de la jurisprudence a accentué cette tendance. Les tribunaux, dans un certain nombre de cas, peuvent passer outre à la volonté d'un individu (la recherche de la paternité est plus largement ouverte), et la possession d'état a acquis sous leur contrôle une portée plus large (en matière de recherche de maternité et de légitimation *post nuptias*). En dehors même de toute instance en justice, l'aveu doit se faire selon certaines formes et ne heurter ni une filiation contraire, ni la prohibition de l'établissement d'une filiation adultérine. Enfin, la filiation naturelle résultera parfois d'une concordance entre l'acte de naissance et la possession d'état. Il s'agit donc pour nous de démontrer que l'acte de volonté n'est pas toujours une condition nécessaire et suffisante pour la création du lien de filiation.

(28) M. GÉNY (« L'enfant naturel et la famille », in « Le maintien et la défense de la famille par le Droit », 1930, p. 117 (132), proposait de « borner la reconnaissance d'enfant naturel à son rôle propre d'aveu, preuve précieuse sans doute mais non absolument décisive, soumise à d'étroites conditions d'application et à un large contrôle de la famille et de l'autorité publique ».

CHAPITRE II

Les limites au pouvoir de la volonté dans la création du lien de filiation naturelle.

N'importe qui ne peut pas dans n'importe quelle condition, reconnaître n'importe quel enfant. La volonté des parents est sans doute très puissante; elle n'est cependant pas absolument toute puissante. En y apportant des limites, le législateur recherche des buts bien différents dont quelques-uns sont de pure technique juridique, et d'autres traduisent des règles de fond qui laissent apercevoir le rôle dévolu à l'exigence de la vérité.

Lorsque la volonté des individus se heurte à des conditions de forme, il est bien difficile de savoir si les limites ainsi posées servent ou desservent la vérité : le but visé en rendant nécessaire un acte authentique n'est par exemple ni de favoriser ni d'entraver la manifestation de la vérité. Lahary expliquait ainsi cette formalité indispensable : « Un acte aussi précieux et qui doit servir de titre à l'enfant naturel et aux héritiers de son père, ne pouvait ... être abandonné à une aussi frêle garantie que celle qui résulte d'un acte privé » (1).

La preuve de l'acte et sa conservation se trouvent assurées dans les meilleures conditions, ce qui est incontestablement un avantage.

Mais en même temps on prive de tout effet un aveu sous-seing privé, correspondrait-il à la vérité biologique. L'inconvénient était encore plus grave lorsque cet aveu de paternité ne pouvait servir de base à une recherche en justice de la paternité naturelle.

(1) LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 264.

La reconnaissance faite devant un officier d'état civil est inscrite sur le registre des naissances au jour où elle a été reçue. Mention en est portée sur l'acte de naissance de l'enfant (art. 62 C. civ.). Si elle intervient devant un autre officier public (magistrat, notaire) le report sur les registres de l'état civil n'est pas imposé par les textes. C'est en effet la perspective du secret qui incite un homme à reconnaître son enfant devant un notaire (2) de sorte que dans ce cas du moins supprimer le secret serait peut-être empêcher la reconnaissance. Cette situation est cependant fâcheuse pour l'enfant, soit qu'il ignore longtemps encore son état, soit qu'il éprouve des difficultés à en administrer la preuve.

Quoiqu'il en soit, ces conditions de forme n'apportent à la volonté des parents que des limites de peu d'intérêt. Elles ne la modifient nullement à la base. C'est pourquoi nous nous bornerons à étudier dans ce chapitre les conditions pouvant contrecarrer au fond l'expression de la volonté des parents de l'enfant. Un parent qui voudrait reconnaître son enfant ne peut pas toujours le faire efficacement. L'efficacité de la reconnaissance est subordonnée tantôt à sa vraisemblance — la vérité l'emporte sur la volonté —, tantôt aux intérêts de la famille légitime — la famille l'emporte sur la volonté et la vérité .

SECTION I

CAS OU L'EFFICACITÉ DE LA RECONNAISSANCE EST SUBORDONNÉE À SA VRAISEMBLANCE

Une certaine conformité entre la reconnaissance et la réalité biologique est parfois nécessaire pour que l'aveu des père et mère produise tous ses effets.

C'est ainsi qu'une concordance entre l'acte de naissance et la possession d'état pourra exceptionnellement établir le lien de filiation maternelle; de même la possession d'état d'enfant de deux personnes mariées permettra une légitimation.

Ce sont là des cas particuliers. En revanche ce souci de vraisemblance s'est manifesté d'une façon générale dans la loi du 15 juillet 1955 qui interdit toute reconnaissance lorsqu'une filiation contraire est déjà établie. Cette loi récente révèle incontestablement qu'un souci de vérité est venu aujourd'hui contrebalancer la liberté de la volonté dans la création du lien de filiation naturelle.

(2) Ce genre de reconnaissance est d'ailleurs peu usité. R. HOUIN, « Une enquête sur l'application du droit dans la pratique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 18.

§ 1. — Les cas particuliers.

Dans deux hypothèses tout à fait spéciales (art. 336 C. civ. et légitimation *post nuptias*) la vraisemblance de la filiation est implicitement, sinon une condition nécessaire, du moins un élément important pour la création du lien de parenté.

A. — LA RECONNAISSANCE DU PÈRE AVEC INDICATION DE LA MÈRE.

Elever un enfant comme le sien lorsque le public croit à la réalité de la maternité est un aveu tacite que le Droit accepte de prendre en considération lorsqu'il vient confirmer les énonciations d'un écrit officiel. La filiation naît de la réunion de ces deux éléments de preuve qui, pris isolément, serait inopérants (3).

On sait que cette solution est acquise, depuis le XIX^e siècle, sur la base de l'article 336 interprété *a contrario*. Le texte qui précisément consacre le caractère personnel de la reconnaissance sert de base à une construction jurisprudentielle liant paternité et maternité.

« La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père » déclare l'article 336. Mais les tribunaux ont estimé que si la reconnaissance du père indique le nom de la mère et si celle-ci avoue sa maternité, alors la filiation sera établie des deux côtés.

La doctrine a très bien montré à l'aide des travaux préparatoires du Code civil combien cette interprétation était contraire aux vœux des rédacteurs (4). Elle a peut-être moins bien mis en lumière le souci de la vérité qui les avait animés.

Ce souci leur avait fait d'abord souhaiter que la reconnaissance d'une paternité naturelle ne fût valable qu'accompagnée de l'aveu de la mère. L'article 336 dans sa rédaction initiale édictait : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet » (5). Tronchet disait : « Les enfants naturels ont un état dans la société; il faut donc ne le leur accorder que d'après des preuves raisonnables » (6). C'est pourquoi, « le fait de la paternité (étant) toujours enveloppé de nuages » (6) on avait pensé n'accorder de

(3) Indiquons que l'acte de naissance, à lui seul, établit la filiation naturelle lorsqu'un mariage a été annulé alors que les deux époux étaient de mauvaise foi. DEMOLOMBE, t. III, n° 345 ; AUBRY-RAU, t. VII, § 466, n° 75 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 310, Trib. civ. Seine, 26 juill. 1913, G.P., 13.1.162.

(4) RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1787 ; CARBONNIER, t. II, n° 80.

(5) LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 30.

(6) Cité par LOCRÉ, *op. cit.*, p. 128.

valeur à une reconnaissance de paternité que si elle était corroborée par l'aveu de la mère (7).

Mais, même si la paternité est effective, la mère ne pourra pas toujours la confirmer (elle est décédée) ou bien refusera de le faire, par égard envers son mari ou par malignité envers l'enfant. Il fallut donc se résoudre à admettre que la reconnaissance du père serait suffisante, à elle seule, pour créer la paternité.

La rédaction de l'article 336 a cependant été influencée par la première idée des rédacteurs du Code; elle révèle que c'est à regret qu'ils ont admis que la reconnaissance de paternité serait valable « sans l'indication et l'aveu de la mère » qui auraient garanti sa vérité.

Si l'on reprend maintenant cette idée de base des rédacteurs, c'est-à-dire l'exigence de vérité dans l'établissement du lien de filiation, et si on la compare à la solution à laquelle a abouti la jurisprudence, on se rend compte que l'esprit du texte, à défaut de sa lettre, a été respecté. Il est rare en effet que le père d'un enfant indique dans sa reconnaissance le nom d'une femme qui n'a pas accouché. Il est encore plus invraisemblable que la femme élève de surcroît cet enfant étranger comme le sien, ou avoue ultérieurement sans ambiguïté sa maternité. Il faudrait pour cela supposer la complicité des trois personnages : le père, la mère et une autre femme.

C'est pourquoi nous approuvons sans réserve la position prise par la jurisprudence depuis 1813 (8) (elle favorise l'apparition de la vérité), tout en reconnaissant qu'elle est la conséquence d'une interprétation hardie du texte de l'article 336.

Son application est subordonnée à différentes conditions : l'existence d'une reconnaissance de paternité (9) valable (10), la mention par le père (11) de l'identité de la mère, l'aveu émanant de la mère (12), mais sous n'importe quelle forme, explicite (13) ou impli-

(7) Dans cette perspective, l'art. 336 devait permettre d'éviter les conflits de filiation, cf. *infra*, § II.

(8) Cass. civ., 22 juin 1813, S. 11.13.375.

(9) L'indication du nom du père dans l'acte de naissance ne peut remplacer la reconnaissance. Cass. Req., 13 avr. 1864, D. 64.1.249.

(10) L'article 336 est sans effet si la reconnaissance est adultérine. Cass. civ., 25 juin 1877, D. 78.1.262.

(11) Et non par le propre père de la mère. Cass. civ., 8 mars 1948, D. 48.213, note LENOAN, G.P., 48.1.254.

(12) Cass. soc., 9 févr. 1945, G.P., 45.1.129.

L'article 336 ne joue pas si la désignation de la mère résulte seulement de la mention du nom de la mère dans l'acte de mariage de l'enfant, acte contre-signé par le père. Cass. civ., 2 nov. 1965, D. 66.83, G.P., 66.1.65, J.C.P., 66.14454.

(13) Cass. civ., 25 nov. 1913, S. 141.95 ; Cass. civ., 26 avr. 1824, S. 22.24.444 (qualité de mère naturelle prise au cours de l'inventaire ayant suivi le décès du mari) ; Montpellier, 13 juill. 1870, D. 72.1.113 (participation à l'acte de mariage).

cite (14). La possession d'état retrouvera ainsi une certaine utilité car elle constitue sans aucun doute un aveu implicite (15) (16). Elle contribuera donc à l'établissement de la maternité en dehors de tout recours aux tribunaux (17). Cette solution est particulièrement intéressante, étant donné que la recherche de maternité naturelle n'est ouverte qu'à l'enfant.

La filiation a donc toutes les chances, dans ce cas particulier, de reposer sur des liens du sang.

Nous allons voir maintenant qu'au contraire la possession d'état est un moyen beaucoup moins sûr d'approcher la vérité lorsque celui qui s'occupe de l'enfant y est en quelque sorte contraint par les circonstances. L'homme qui, ayant épousé une jeune fille déjà mère, avoue sa paternité et garde l'enfant à son foyer peut être mû par le désir de plaire à son épouse tout autant que par un sentiment paternel. Elever l'enfant devient une charge « accessoire » au mariage. La possession d'état n'est plus alors le critère très net à partir duquel on induit la vérité.

B. — LA RECONNAISSANCE DANS LA LÉGITIMATION « POST NUPTIAS ».

On sait que par le mariage de ses parents, une personne peut être légitimée. Le but de cette institution est de transformer l'état d'un individu, de faire acquérir à un enfant naturel tous les droits d'un enfant légitime. Elle suppose un mariage et une double reconnaissance. Si cette seconde formalité a été omise, les époux pourront demander au tribunal de prononcer malgré tout la légitimation, mais à condition que l'enfant ait eu « depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun » (art. 331 al. 3).

Sans doute l'étude de cette procédure déborde-t-elle quelque peu le cadre de nos développements actuels, puisqu'elle suppose le recours à la justice pour créer une filiation légitime. Néanmoins cette filiation légitime repose exceptionnellement sur une reconnaissance et l'acte

(14) Cass. soc., 10 févr. 1950, Bull. cass., 50.111.106 ; *contra* pour la possession d'état : Paris, 24 févr. 1868, D.P., 1871.1.143.

(15) Cass. Req., 22 janv. 1839, S. 39.1.5 ; Cass. civ., 29 juin 1939, S. 40.1.121, note H. G., G.P., 40.1.65.

(16) Le rôle de la possession d'état avait déjà été envisagé par Portalis (LOCRÉ, *op. cit.*, t. VI, p. 164). Il s'agissait de savoir dans quels cas le désaveu de la mère serait impuissant pour démentir la reconnaissance de paternité : « Il est des circonstances qui ne sont pas moins fortes que l'aveu positif pour opérer la conviction : tels sont, par exemple, l'éducation, les soins donnés à l'enfant ; en un mot ce qu'on appelle en Droit " le traitement " ».

(17) Art. 506, avant-projet de réforme du C. civ. : « La reconnaissance du père avec l'indication et l'aveu de la mère a effet à l'égard de celle-ci. »

exprès de volonté reste la base de la légitimation *post nuptias* (18). Le rôle des tribunaux est simplement de vérifier si toutes les conditions de l'article 331 alinéa 3 sont remplies. Le jugement sera en principe un acte gracieux (19).

La possession d'état est un élément indispensable non pour la validité de la reconnaissance mais pour sa pleine efficacité. Cette condition fut imposée afin d'éviter que ne soient tournées les règles de l'adoption (20). Il faut donc en conclure que dans la pensée du législateur, l'enfant à légitimer doit bien être celui des deux époux. C'est un souci de vérité qui est à l'origine de cette mesure. Mais la possession d'état ne peut remplir ici son rôle d'instrument de preuve de la filiation. Elle est ambiguë parce que les époux puisent dans leur mariage une raison de s'occuper de l'enfant. Dans ces conditions, il est intéressant de voir quelle sera l'attitude des tribunaux : accepteront-ils de constater simplement l'existence de la possession d'état, ou bien chercheront-ils aussi à connaître la réalité de la filiation ? Il est certain qu'une reconnaissance de complaisance intervenue en temps utile aurait donné à l'enfant le statut de la légitimité. Mais la « formalité » n'a pas été remplie. Doit-on admettre que les magistrats se rendent complices de la fraude, qu'ils accordent leur soutien à la création d'un lien de filiation manifestement en opposition avec la réalité biologique ? Quel peut être l'office du juge ?

La jurisprudence est divisée. Certaines juridictions refusent de rechercher si la reconnaissance est ou non sincère (21). Elles sont les moins nombreuses. Il est plus généralement admis que la demande doit être rejetée, si l'aveu de paternité ou de maternité n'a été qu'un acte de pure complaisance (22). « Le tribunal est amené, par la force des choses à apprécier la sincérité de la reconnaissance » (23). La réa-

(18) La jurisprudence récente admet qu'une recherche en justice de filiation naturelle peut remplacer la reconnaissance. Paris, 8 janv. 1944, S. 45.2.49, D.A., 44.43 ; Trib. civ. Seine, 20 juill. 1948, G.P., 48.2.252 ; Trib. civ. Metz, 18 mars 1955, J.C.P., 55, somm. 151 ; Trib. civ. Seine, 8 juill. 1963, J.C.P., 63.13378, concl. GULPHE.

Contra : Cass. Req., 26 juill. 1943, J.C.P., 44.2532, note PÉAN.

(19) Si du moins les époux (et non l'enfant) saisissent la justice : PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 951.

(20) Compte rendu des débats de la loi du 30 déc. 1915, D. 17.4.81 (85, 2^e colonne).

(21) Tribunal cantonal Colmar, 28 janv. 1931, Tables G.P., 30-35, n°s 225-226 ; Paris, 30 mars 1957, J.C.P., 57.10070, note ROUAST ; Trib. civ. Chaumont, 21 oct. 1957, G.P., 58.1.122 (très fortement motivé) ; GOGUEY, « Reconnaissances et légitimations de complaisance », 1959, n° 26 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n° 433 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 546, n° 17.

(22) BEUDANT-BRETON, t. III, n° 1219 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 949 ; MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 1006.

(23) Trib. civ. La Flèche, 28 mai 1946, G.P., 46.2.39.

lité du lien de filiation est parfois considérée comme une exigence supplémentaire venant s'ajouter à celle de la possession d'état (24).

Mais la plupart des décisions se sont fondées sur le contenu de la possession d'état : elle implique que l'enfant « est né des relations des deux époux » (25) ou bien que les conjoints n'ont jamais officiellement nié le lien de filiation (on a vu en effet des maris, au cours de l'enquête menée par le tribunal, reconnaître qu'ils n'avaient pas engendré l'enfant (26) (27)).

Cette mission plus large des tribunaux présente l'avantage de réduire les risques d'une demande ultérieure d'annulation de la légitimation par contestation de la véracité de la reconnaissance. Eviter les changements d'état d'un enfant est une préoccupation constante des magistrats. Le législateur lui-même y a été sensible puisqu'en 1955 une loi a interdit tout établissement de filiation qui se heurterait à un lien de paternité ou de maternité contraire préexistant.

§ 2. — L'article 342 bis :

l'existence d'une filiation naturelle antérieurement établie.

Aux termes de l'article 342 *bis* « Lorsqu'une filiation est établie par un acte ou un jugement, nulle filiation contraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement établisse préalablement l'inexactitude de la première. » Cette disposition, dont le but est d'éviter des conflits de filiation (28), a été introduite dans notre Code par la loi du 15 juillet 1955. La question avait été résolue diversement avant cette date.

On aurait pu songer à établir une distinction selon le mode d'établissement du premier lien de filiation. Résulte-t-il d'un jugement ? Une reconnaissance ultérieure serait valable (29) puisque le jugement

(24) Trib. civ. Colmar, 25 oct. 1934, Tables G.P., 30-35, n°s 247-248 : « Il ne suffit pas... que ledit enfant ait eu depuis la célébration du mariage la possession d'état d'enfant commun des époux, il faut aussi que le mari soit le père de l'enfant. »

V. aussi Paris, 22 mars 1933, D. 33.59, note LALOU, S. 35.2.57, note LE BRETON.

(25) Trib. civ. Valence, 17 nov. 1925, G.P., 26.1.90.

(26) Paris, 27 juin 1917, S. 18.19.110 ; Paris, 30 mars 1957, J.C.P., 57.10070, note ROUAST, D. 57, somm. 141.

(27) Cass. civ., 15 déc. 1964, G.P., 65.1.283 : la possession d'état peut résulter d'un acte de notoriété, ce qui semblerait impliquer que la recherche de la véritable filiation n'est pas indispensable.

(28) Mais uniquement entre deux filiations naturelles, cf. *supra* nos développements sur la recherche de maternité légitime.

(29) En principe un second jugement serait aussi valable. Mais l'existence d'un précédent titre de filiation constaté par un tribunal rendra bien difficile le succès d'une seconde action fondée sur l'article 340. La première paternité repose au moins sur la certitude des relations sexuelles, ce qui créera sinon une fin de non-recevoir, du moins un obstacle de fond à la seconde action.

n'a traditionnellement d'effet qu'entre les parties (30). Résulte-t-il d'une reconnaissance volontaire ? L'opposabilité absolue accordée aux actes de l'état civil (31) devrait conduire à empêcher ultérieurement toute autre reconnaissance, volontaire (32), ou « forcée » (33). Mais l'opposabilité absolue d'un acte signifie seulement que son existence ne peut être ignorée. Elle ne signifie pas que tout intéressé soit lié par cet acte. Il faut distinguer opposabilité et force obligatoire. En notre matière, on peut dire que la reconnaissance existe comme un fait, sans s'imposer à tous comme un fait exact, de sorte que rien n'interdit la coexistence de deux reconnaissances concurrentes.

Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas résolu ce problème. Ils l'avaient cependant envisagé, mais avaient pensé l'éviter par une mesure préventive : l'article 336. Nous avons dit (34) que dans sa rédaction initiale, ce texte subordonnait la validité de la reconnaissance du père à l'aveu de la mère. « L'esprit de cet article, selon Boulay, (était) d'empêcher qu'on ne voie se reproduire ces contestations scandaleuses où plusieurs individus prétendaient également être les pères du même enfant » (35). Certes, toutes les contestations n'auraient pas été évitées car la mère aurait pu successivement donner à son enfant différents pères prêts à l'accueillir. Elles auraient cependant été moins fréquentes puisque la reconnaissance nécessitait l'accord de deux personnes. Mais ce projet initial fut finalement abandonné (34).

Devant l'absence de réglementation, la majorité de la jurisprudence (36) s'orientait vers la validité des différents liens de filiation : ils coexisteraient tant que l'annulation de l'un d'entre eux ne serait pas demandée. Si une action en justice était intentée, les magistrats devraient préférer la filiation correspondant à la réalité (37) ou bien

(30) Pour l'autorité absolue des jugements d'état avant 1955, V. notamment SAVATIER, D.P., 1925.1.201 et D.H., 34, D. 84 ; STOEANOVICI, « Chose jugée et état civil », Rev. trim. dr. civ., 1934.547 ; V. aussi BOYER, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », Rev. trim. dr. civ., 1951.163.

(31) MAZEAUD, t. I, 1^{er} vol., n° 519 ; COLIN-CAPITANT, t. I, n° 755 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1049.

(32) Paris, 1^{er} avril 1938, J.C.P., 38, note DALLANT.

(33) Paris, 12 janv. 1939, S. 40.2.57, note DAVID ; Douai, 8 juill. 1952, J.C.P., 53.7515, note J. SAVATIER.

(34) V. *supra*, p. 261.

(35) LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 126.

(36) Et aussi une partie de la doctrine : CACHIA, « Les conflits de filiation en droit français », Rev. trim. dr. civ., 1953 (635) ; SELLÈS, « De la contestation pour inexactitude de la reconnaissance des enfants naturels », 1945, n°s 82 et s.

(37) Poitiers, 5 mai 1900, D. 1900.1.558 ; Trib. civ. Seine, 24 juill. 1931, S. 32.2.78 ; Trib. civ. Rochefort-sur-Mer, 3 déc. 1931, S. 34.2.21 ; Pontoise, 1^{er} juin 1932, D.P., 32.2.145, note DALLANT (l'existence d'une reconnaissance n'empêche pas une recherche de paternité naturelle si du moins son auteur n'a pas été mis en cause) ; Aix, 5 déc. 1935, G.P., 36.1.264 ; Pau, 4 avr. 1949, G.P. 49.2.40

celle qui servirait le mieux les intérêts de l'enfant (38).

Lorsque la filiation établie en justice se révélait inexacte c'est semble-t-il à la voie de la tierce-opposition que le demandeur aurait dû recourir.

Il est clair pourtant que cette situation est choquante : qui obtiendra la garde de l'enfant ? Quel nom portera-t-il ? Il est anormal qu'il puisse, selon son intérêt, se comporter comme né de deux hommes ou de deux femmes différents, que le père qui s'occupe de lui puisse s'adresser à son « concurrent » pour réclamer des aliments en faveur de leur enfant « commun » (39) (40).

Aussi la doctrine, dans son ensemble, était-elle décidée à éviter cette « monstruosité juridique » (41). Elle admettait la seule validité du premier lien de filiation (42), l'inefficacité temporaire du second lien de filiation (43) (ou même des deux [44]), la prééminence de la filiation judiciaire (45).

Depuis 1955, l'exactitude du lien de filiation naturelle s'impose à tous. Tant que la paternité ou la maternité n'a pas été déclarée mensongère, personne ne peut établir un lien de parenté différent (46). On ne peut rien construire tant que ce qui existe n'a pas été détruit.

L'auteur de la reconnaissance se trouve ainsi dans une position de force. Le titre de filiation qu'il a créé le met à l'abri d'une contestation implicite résultant d'une autre reconnaissance. Seule une contes-

(une analyse sanguine fut ordonnée) ; Seine, 31 mars 1952, J.C.P., 53.7687 ; Trib. civ. Amiens, 23 oct. 1952, D. 52.213 (le demandeur doit établir à la fois la fausseté de la reconnaissance de son adversaire et la réalité de sa propre paternité) ; Trib. civ. Seine, 16 févr. 1955, Tables G.P., 51-55, n^{os} 139-140.

(38) Trib. civ. Le Puy, 9 juin 1905, Tables G.P. 02-07, n^o 50 ; Aix, 5 déc. 1935, précité ; Trib. cantonal Vic-sur-Seille, 16 mai 1950, Tables G.P., 51-55, n^{os} 141-142 (aucune référence à la véritable filiation).

(39) C'est l'hypothèse sur laquelle a statué la Cour de Rennes le 8 mars 1946, J.C.P., 46.3325, note AYMOND.

(40) Le procureur de la République ne peut pas, de son propre chef, demander l'annulation de l'une des reconnaissances, Trib. civ. Lille, 14 déc. 1910, Bull. Soc. Et. Législ., 1911.146.

(41) Rennes, 8 mars 1946, précité.

(42) R. SAVATIER, « Un enfant peut-il se voir attribuer légalement plusieurs pères ou plusieurs mères », D.H., 1934, précité, D.P., 1925.1.201 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n^o 727 ; COLIN-CAPITANT, t. I, n^o 1351 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n^o 378.

(43) J. SAVATIER, D. 1947.20, sous Rennes, 8 mars 1946 ; ROUAST, « Les réformes réalisées en faveur des enfants illégitimes par la loi du 15 juillet 1955 », J.C.P. 55.1.8938.

(44) Rennes, 8 mars 1946, précité.

(45) LAGARDE, Rev. trim. dr. civ., 1938.449 ; DAVID, S. 1940.2. 47 (cet auteur laisse subsister deux reconnaissances volontaires).

(46) Nous pensons que la loi a voulu éviter *tous* les conflits de filiation naturelle. Elle doit recevoir application même dans les cas où la filiation n'est pas établie par un acte juridique instantané (cas de l'article 336 pour la maternité).

tation formelle fondée sur l'article 339 (47) pourra lui enlever le bénéfice de sa reconnaissance. Même alors, il jouira d'une position favorable, puisqu'il sera défendeur. Il attendra que ses adversaires aient administré la preuve qui leur incombe. Lui-même n'a pas à démontrer l'exactitude de sa reconnaissance. C'est au demandeur qu'il appartient d'en établir l'inexactitude. L'apparence se trouve ainsi consolidée.

Le souci de cohérence dont le législateur a fait preuve en instituant l'article 342 *bis* constitue-t-il un premier pas vers la vérité ? La réponse est sans aucune doute positive si on envisage la question sous l'angle de la vérité formelle. La loi de 1955 fait progresser le droit de la filiation dans le sens d'une construction plus harmonieuse, plus logique, mieux en accord avec les règles d'un système donné.

Mais la vérité matérielle est-elle aussi mieux respectée ? Les liens du sang seront-ils plus facilement constatés ?

Si la filiation primitivement établie repose sur des données biologiques, ses effets ne pourront plus désormais être amenuisés par une reconnaissance contraire.

Mais la première reconnaissance peut aussi être mensongère : la jeune fille, abandonnée par son amant, se marie avec un tiers qui légitime l'enfant ; ou bien un homme, devant l'imminence d'une action en recherche de paternité naturelle, trouve un complice qui reconnaît volontairement l'enfant (hypothèse sans doute beaucoup plus rare car les risques sont grands pour ce père fictif). La vérité n'est-elle pas menacée dans ces deux cas par la nécessité d'un recours préalable à la justice ? Nous ne le pensons pas (48). Le risque de voir se perpétuer une reconnaissance mensongère est rare car la preuve de son inexactitude est autorisée par tous moyens. Si l'absence de relations sexuelles n'est pas établie avec certitude, la non-paternité pourra résulter d'une analyse sanguine ou de présomptions concordantes. Le juge se montrera particulièrement bienveillant lorsqu'il soupçonne une fraude (reconnaissance intervenant peu avant le procès ou longtemps après la naissance, au moment du mariage).

Il reste alors le cas où les deux paternités sont également possibles parce que la mère, au cours de la période de conception, a entretenu des relations intimes avec deux hommes différents. Si rien ne permet de départager les deux « candidats à la paternité » (l'analyse sérologique ne donne aucun résultat, les relations ont eu lieu à l'époque

(47) Ou sur une tierce-opposition si la filiation résulte d'un jugement.

(48) *Contra* : GOGUEY, « Reconnaissances et légitimations de complaisance », 1958, p. 64, qui estime que l'article 342 *bis* « tend à sacrifier la filiation réelle à la filiation fictive ».

effective de la conception), alors seulement le tribunal tranchera le litige en faveur de la paternité existante (et non pas en fonction de l'intérêt de l'enfant). Mais puisque, par hypothèse, la filiation est impossible à connaître, l'article 342 *bis* ne favorise pas le mensonge plus que les solutions antérieures.

Sur le plan pratique, cette disposition soulève deux difficultés. D'une part elle suppose connue la première reconnaissance. Or le père peut ignorer le lieu où l'acte de naissance de l'enfant a été dressé (il est sans nouvelle de la mère depuis son accouchement et ne sait pas où elle garde l'enfant [49]). De plus l'acte de naissance ne mentionne pas toujours la reconnaissance (l'aveu a pu intervenir secrètement devant un notaire). Lorsque cette première reconnaissance viendra à être connue, l'auteur de la seconde reconnaissance devra en contester la véracité s'il veut que subsiste le lien de filiation qu'il a créé. Ainsi la validité d'une reconnaissance est-elle toujours provisoire.

D'autre part, l'officier public doit-il refuser de recevoir la reconnaissance lorsque l'enfant est déjà pourvu d'un autre titre de filiation naturelle ? S'il l'accepte, l'acte sans aucun doute ne créera pas d'emblée une paternité ou une maternité nouvelle. Ses effets seront suspendus jusqu'à l'annulation de l'acte ou du jugement antérieur.

Une telle solution présente un avantage : la filiation une fois avouée est à l'abri du décès de l'auteur de la reconnaissance, ou d'un changement de volonté de sa part. Une reconnaissance apparemment valable peut ultérieurement être considérée comme illégale, ou bien elle a pu déjà être contestée avec succès sans que le dispositif du jugement ait été reporté sur l'acte de naissance : ces erreurs risqueraient d'être irréparables si la reconnaissance sollicitée était refusée.

Mais par ailleurs, elle confère automatiquement à celui qui demande en justice l'annulation d'une reconnaissance antérieure la qualité d'« intéressé » au sens de l'article 339 C. civ. Il est plus difficile de prouver cette qualité si les intentions que prétend avoir le demandeur n'ont pas pu juridiquement se concrétiser en un acte positif (50).

(49) Nous pensons à des circonstances analogues à celles de l'affaire Novack.

(50) A moins d'estimer que par sa seule qualité de « genitor », il possède un droit propre à contester une reconnaissance mensongère. Mais il devrait alors prouver ce qu'il avance, c'est-à-dire établir matériellement la possibilité de sa paternité. Cette vérification préalable serait une restriction à l'absence de contrôle qui est de règle en matière de reconnaissance. Pratiquement elle éviterait que le second amant de la mère ne détruise une filiation fictive pour la remplacer par une autre tout aussi mensongère. Mais elle permettrait aussi au véritable père de contester la filiation inexacte sans pour autant devoir lui-même reconnaître l'enfant.

V. sur ce point : J. SAVATIER, J.C.P., 1955.8938, sous Trib. civ. Saint-Etienne, 23 mars 1955, et J.C.P., 1949.5160, sous Trib. civ. Yvetot, 13 janv. 1949.

L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 (51) recommande aux officiers d'état civil d'enregistrer la seconde reconnaissance. Le texte de l'article 342 *bis* ne s'oppose pas à cette pratique : il déclare seulement que « nulle filiation contraire ne pourra être... postérieurement *reconnue* sans qu'un jugement établisse préalablement l'inexactitude de la première ». La seconde reconnaissance peut donc être établie, mais elle ne sera reconnue valable que si la première est annulée.

Nous pensons finalement que le souci de cohérence qui animait le législateur de 1955 a débouché sur une meilleure connaissance du réel. Sans doute le lien entre l'article 342 *bis* et la vérité matérielle n'est-il qu'indirect : l'effet immédiat de cette disposition est d'interdire toute reconnaissance si l'enfant est déjà rattaché à une autre personne du même sexe, que cette première parenté soit ou non exacte. Mais dans un second temps, au stade de la contestation, la vérité biologique a beaucoup de chances d'apparaître : si la première filiation traduit les liens du sang, elle est désormais à l'abri de toute prétention concurrente; si elle est mensongère, le demandeur la détruira d'autant plus aisément qu'il offre au tribunal des preuves de sa propre paternité.

Ainsi, le lien de filiation ne peut parfois être établi que si l'acte de volonté du parent de l'enfant présente certaines garanties de vraisemblance. Vérité et volonté doivent se conjuguer.

Mais il arrive aussi, à l'inverse, que celui qui s'apprête à reconnaître un enfant voit sa volonté se heurter à un obstacle tout à fait indépendant de l'exactitude de la filiation. La vérité est alors battue en brèche par des considérations juridiques : la famille légitime constitue cette barrière qui s'oppose si puissamment à ce qu'une filiation naturelle ne soit ouvertement constatée.

SECTION II

CAS OU L'EFFICACITE DE LA RECONNAISSANCE EST SUBORDONNEE AUX INTERETS DE LA FAMILLE LEGITIME

Lorsqu'un des deux parents est marié lors de la conception ou lors de la reconnaissance, l'établissement de la filiation naturelle va apparaître comme une atteinte à la famille légitime. Dans la première hypothèse, la naissance de l'enfant ne peut être que le résultat d'un

(51) *J.O.*, 22 sept. 1955. V. aussi l'art. 535 de la commission de réforme du Code civil.

adultère; aussi la sanction est-elle radicale : la reconnaissance est nulle (art. 335 C. civ.). Dans la seconde hypothèse, moins grave pour les assises de la famille légitime, seule l'efficacité de la reconnaissance sera restreinte (art. 337 C. civ.).

La prohibition de l'établissement d'une filiation adultérine est l'empêchement le plus marquant lié à l'organisation de la famille légitime. Nous l'étudierons en détail dans nos développements ultérieurs. Contentons-nous d'en tracer ici les lignes essentielles.

Une reconnaissance faite par une personne qui était mariée lors de la conception de l'enfant, doit être refusée par l'officier public. S'il l'accepte néanmoins, ignorant le vice qui l'entache, elle pourra être annulée à la demande de tout intéressé. La même rigueur s'impose aussi souvent lorsque la reconnaissance émane de l'auteur de l'enfant non engagé dans les liens du mariage : elle disparaîtra dès que le nom de l'autre parent y est mentionné et dès qu'ultérieurement la maternité légitime ou même adultérine sera établie (52).

Le manquement à la fidélité conjugale retentit directement sur l'enfant dont la filiation devra rester juridiquement ignorée, à moins qu'il ne soit par la suite légitimé. Tous les enfants adultérins *a patre* peuvent être légitimés par le remariage de leur père. Les enfants adultérins *a matre* ne pourront bénéficier des mêmes avantages lors du remariage de leur mère que s'ils ont été désavoués par le premier mari (53) ou conçus après l'ordonnance fixant à leurs parents des résidences séparées au cours d'une instance en divorce. Cette exception à l'article 335 C. civ. permet, dans des cas limités, de redresser la filiation de l'enfant, conformément à la vérité.

(52) Cass. civ., 3 juin 1964 (2 arrêts), D. 64.700, note R. SAVATIER, S. 64.314, note PLANCQUEEL.

(53) Une partie de la doctrine et de la jurisprudence estimait le désaveu superflu lorsque l'enfant avait un acte de naissance vierge (J. SAVATIER, D. 1954.132, sous Pau, 19 nov. 1953 ; ESMEIN, J.C.P., 1956.9577, sous Trib. civ. Tunis, 15 déc. 1956, J.C.P., 62.12597, sous Cass. civ., 16 janv. 1962). La nécessité d'un désaveu s'explique par le souci d'éviter un conflit de paternités. Or, précisément, ce conflit ne peut pas naître ici en raison du mutisme de l'acte de naissance. Par ailleurs, la légitimation entraînera une rupture entre l'enfant et le premier mari de sa mère, équivalant à un désaveu.

Ce raisonnement fut critiqué par M. HOLLEAUX (D. 1962.141) et M. TALLON (D. 1956.586, sous Trib. civ. Tunis, précité). Le conflit de paternités naîtra si le premier mari agit en réclamation d'état d'enfant légitime. Le texte de l'article 331, al. 2, 2° (enfant conçu pendant l'instance en divorce et légitimé sans désaveu par le remariage) est d'interprétation stricte. La Cour de Cassation (16 janv. 1962, précité) n'a pas pris parti directement sur ce problème mais elle a implicitement condamné l'opinion de MM. Savatier et Esmein. Pour elle le problème se situe à un niveau antérieur : la reconnaissance de la mère, mariée lors de la conception, est « un acte radicalement inopérant ». La maternité doit être régulièrement établie pour que fonctionne la légitimation. En l'espèce, elle n'aurait pu résulter que d'une réclamation ou d'un désaveu. L'article 325 aurait eu une double utilité : rejeter la filiation paternelle, mais d'abord établir la filiation maternelle.

A partir de ce même souci de protection de la famille légitime, le Code civil a entendu paralyser toute reconnaissance intervenant au cours du mariage, et s'appliquant à un enfant conçu avant ce mariage, mais par un autre que le conjoint. L'obligation de fidélité n'a nullement été violée et la reconnaissance sera parfaitement valable; simplement, ses effets seront restreints dans certains cas aussi longtemps que vivront le conjoint et ses descendants légitimes.

Deux personnes qui se marient sont décidées à assumer les charges que représenteront leurs enfants communs. Mais les rédacteurs du Code civil ont pensé qu'il y aurait une sorte de tromperie à imposer aux deux époux des engagements qui sont propres à l'un d'entre eux et qui constituent pour les enfants légitimes un manque à gagner certain (54). Lorsque la filiation est établie avant le mariage, le futur conjoint est censé connaître cette charge et l'accepter. Ce n'est certes pas toujours le cas. L'idée de tromperie n'explique donc pas tout car il y a tromperie quand une reconnaissance antérieure au mariage a été cachée au conjoint. Le fondement moral s'estompe ainsi pour ne laisser place qu'au fait. L'article 337 sanctionne objectivement l'établissement, volontaire, tardif, d'un lien de filiation entraînant des obligations sur lesquelles le conjoint était en droit de ne pas compter (55).

Cette disposition est fort critiquable (56). Une personne n'est pas détachée de son passé dès qu'elle est mariée. Il appartient aux époux d'assumer ensemble dans tous les domaines les responsabilités contractées par l'un d'eux à l'occasion d'actes antérieurs au mariage. L'ar-

(54) Bigot de Préameneu cité par LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 216 : « Il ne peut dépendre de l'un des époux de changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens. Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage aurait été contracté. »

(55) Que le conjoint ait ou non connu l'existence de l'enfant est sans importance car il pouvait légitimement espérer que toutes les ressources du ménage seraient consacrées à la famille légitime, et que donc la filiation de fait ne se transformerait jamais en filiation juridiquement constatée.

NERSON, note au J.C.P., 1962.12513, sous Cass. civ., 20 déc. 1961 ; VOIRIN, note au D.P., 1938.2.13, note sous Poitiers, 18 déc. 1937.

Contra : AUBRY-RAU, t. IX, § 568 *quater*, n° 19 ; CONNELLY, note au S. 1879.1.337 (341), sous Cass. Req., 28 mai 1878 ; MME LACARDE, S. 1945.1.61, sous Cass. civ., 3 janv. 1944.

La Cour de Cassation a évité de prendre parti (cf. HOLLEAUX, note au D. 1962.381).

(56) M. NERSON l'a fort bien montré. Ce texte est « ambigu », « inefficace » et « injuste » (« Observations sur l'article 337 du Code civil », Mélanges Roubier, t. II, p. 201). « Le scandale de l'article 337 doit cesser » (note sous Cass. civ., 26 mars 1968, Recueil gén. des lois, 1968.369).

ticle 337 encourage, au nom de la défense de la famille légitime, un acte profondément immoral (57).

Aussi la doctrine et la jurisprudence récentes se sont-elles efforcées de restreindre les cas d'application de ce texte ainsi que sa portée. Tout d'abord ce texte aura maintenant rarement l'occasion de s'appliquer. D'une part, contrairement à la jurisprudence antérieure à 1961 (58), seule la présence des enfants légitimes empêche l'enfant naturel d'exercer complètement ses droits lorsque le mariage de son auteur est dissous. La présence du conjoint ne gêne pas l'enfant.

D'autre part on connaît cet arrêt du 26 mars 1968 (59) qui refuse d'appliquer l'article 337, texte exceptionnel, lorsque la filiation est établie en justice. Il y avait cependant plus de cent ans que la Cour de cassation assimilait en ce domaine les deux modes d'établissement de la filiation (60).

Quant aux effets de l'article 337, ils ont été progressivement restreints : l'enfant naturel est sous la puissance paternelle de l'auteur qui l'a reconnu, il porte son nom (61), il peut vivre à son foyer (62) ou lui réclamer des aliments (63), il peut recevoir des libéralités (64). Seuls ses droits héréditaires sont paralysés tant que dure le mariage ou tant que vivent les enfants légitimes nés du mariage.

L'article 337 n'est donc pas un véritable obstacle à la manifestation de la vérité (65) : il restreint seulement les effets juridiques découlant du lien biologique de filiation. L'enfant naturel jouira d'une

(57) Toutefois la reconnaissance produira tous ses effets si le mariage a été conclu pour éviter l'application de l'article 337. Poitiers, 18 oct. 1937, précité ; Aix, 18 févr. 1952, G.P., 52.1.379.

(58) La Cour de Cassation avait admis le 3 janvier 1944 (S. 45.1.61) que les droits héréditaires de l'enfant étaient inopposables au conjoint de son auteur après la dissolution du mariage même en l'absence de descendants légitimes. Elle abandonna cette position le 20 décembre 1961 (J.C.P., 62.12513, note NERSON, D. 62.321, note HOLLEAUX) : « La reconnaissance produit... son effet à l'encontre du conjoint si à la dissolution du mariage il n'y a pas d'enfant. »

(59) J.C.P., 68.15509, note ROUAST, Recueil gén. lois, 68.369, note NERSON.

(60) Civ., 16 déc. 1861, D. 62.1.39, S. 62.1.420 ; Req., 19 févr. 1923, D. 24.1.46, S. 23.1.224 ; Civ., 27 mars 1950, J.C.P., 50.5571, note LE CLEC'H, D. 50.380 ; Civ., 13 juill. 1953, J.C.P., 53.7762, D. 53.569, note LENOAN, S. 54.1.97 ; Civ., 24 juin 1953, D. 53.569.

(61) MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 1236 ; COLIN-CAPITANT, t. I, n° 1398.

(62) NERSON, art. précité, p. 209.

(63) Cass. civ., 27 mars 1950 précité ; Paris, 1^{er} déc. 1960, J.C.P., 61.11950, note R. E., G.P., 61.1.271 ; Paris, 2 févr. 1961, J.C.P., 61.12038.

Depuis la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, cette dette d'aliments est une dette commune (art. 1409 C. civ.). Elle peut être recouvrée sur les biens de la communauté. Voir cependant PATARIN, « La réforme des régimes matrimoniaux », t. I, n° 224.

(64) Cass. Req., 28 mai 1878, D. 78.1.401, note BEUDANT, S. 79.1.337, note LABBÉ.

(65) Il a été supprimé par la commission de réforme du Code civil (exposé des motifs de l'avant-projet, p. 144).

filiation naturelle, mais les conséquences de cette filiation seront limitées.

La famille légitime ne constitue vraiment un empêchement à l'apparition de la vérité que si elle existe au moment de la conception de l'enfant. Dans ce cas, la volonté des parents est tenue en échec sans qu'intervienne par ailleurs aucune considération tirée de la réalité des liens du sang.

La filiation ainsi établie en contravention avec l'article 335 pourra donc être annulée sans que soit débattue devant les tribunaux la question de sa vraisemblance.

En règle générale au contraire, l'absence de tout contrôle préalable au moment de la reconnaissance a pour contrepartie une très large ouverture de l'action en contestation. Si n'importe qui peut se déclarer père d'un enfant, il est nécessaire que tout intéressé puisse largement contester cette affirmation.

SOUS-TITRE II

LA FACILITE DE CONTESTATION D'UNE RECONNAISSANCE INEXACTE

Vouloir anéantir un lien de filiation est un acte grave, plus grave peut-être qu'une reconnaissance dans la mesure où l'individu jouissait jusqu'alors d'une filiation paternelle ou maternelle sur laquelle il était en droit de compter pour l'avenir.

Les rédacteurs du Code civil ont bien senti cette différence. L'établissement d'un lien de filiation naturelle résulte d'une simple manifestation de volonté : la seule prescription légale concerne la forme que doit revêtir cet acte juridique. La contestation du lien de parenté nécessite au contraire l'intervention des tribunaux (1) : la volonté des particuliers est impuissante à dénouer ce qu'elle a noué car elle a créé une situation objective qui intéresse l'ordre public.

Les fondements juridiques possibles de la demande en annulation de reconnaissance sont très divers et le rôle des magistrats sera différent selon la cause invoquée.

— La plupart du temps, il s'agira d'annuler une reconnaissance parce qu'elle est contraire à la réalité. Le seul but à atteindre devrait être la proclamation de la vérité. Pourtant les tribunaux ont parfois reculé devant les conséquences fâcheuses qui en résulteraient pour l'enfant. Pris entre le désir de stabiliser l'état de l'enfant et celui de faire cesser une filiation non conforme aux liens du sang, ils ont longuement hésité avant de s'orienter vers une solution qui fait

(1) C'est ce sens qu'il faut donner à l'expression : « irrévocabilité de la reconnaissance ».

triompher la vérité mais au prix, dans certains cas, d'une sanction pécuniaire à l'encontre du demandeur.

— Par ailleurs, la reconnaissance est aussi un acte juridique qui doit obéir à certaines prescriptions légales. Comme tout acte juridique, il nécessite une volonté éclairée. Si cette condition n'est pas respectée, elle sera sanctionnée par une annulation de la reconnaissance fondée sur l'article 1109 du Code civil (vices du consentement).

— De plus, cet acte juridique a pour objet de créer un lien de parenté : il doit donc respecter certaines données particulières au droit de la filiation, telles que la prohibition de l'établissement d'une filiation adultérine ou incestueuse.

Dans ces deux derniers cas, le magistrat n'aura pas en principe à se soucier de la réalité des liens du sang. Il est certain par exemple qu'en présence d'une reconnaissance s'appliquant formellement à un enfant légitime, il n'y aura pour lui aucune échappatoire : l'annulation s'impose. Mais lorsqu'un vice du consentement est invoqué, nous verrons que la jurisprudence s'efforce malgré tout de rechercher s'il s'agit ou non d'une reconnaissance de complaisance. Nous essayerons de préciser cet inflexissement de l'annulation pour vice du consentement vers la contestation directement fondée sur l'inexactitude du lien de filiation : le phénomène est révélateur du souci de vérité qui anime les tribunaux en notre matière.

CHAPITRE PREMIER

Contestation directe de la véracité d'une reconnaissance.

L'exactitude de la reconnaissance n'est pas une condition expresse de validité de l'acte juridique; mais son inexactitude est un motif de nullité. Tant qu'une reconnaissance n'est pas contestée elle est présumée être l'expression de la vérité, mais cette présomption n'est pas irréfragable. On peut lire par exemple dans un jugement du tribunal de la Seine : « Attendu que la reconnaissance d'un enfant naturel est la déclaration d'un fait préexistant, celui de la paternité; que ce fait de la paternité est la cause de l'acte de reconnaissance; que si le fait de la paternité est démontré faux, l'acte reste sans cause et doit être annulé » (1).

Les rédacteurs du Code civil avaient pensé que bien peu d'hommes accepteraient de « subir » une paternité mensongère (2) car les inconvénients en résultant paraissaient infiniment plus grands que les avantages que ces pères fictifs pouvaient exceptionnellement en attendre. Pour les rédacteurs, c'était essentiellement un intérêt pécuniaire qui pousserait un homme à s'attribuer faussement une paternité. En annulant la reconnaissance, on démasquerait la fraude et on empêcherait son auteur de parvenir à ses fins. L'article 339 avait donné lieu à peu de discussions.

(1) Trib. civ. Seine, 10 avril 1833, D. 34.2.191. V. aussi Aix, 22 déc. 1852, D. 54.2.121 : « la paternité est l'œuvre de la nature seule... la reconnaissance légale n'en est que la manifestation ».

(2) « Peu reconnaissent leurs enfants naturels ; à plus forte raison n'ira-t-on pas chercher des étrangers pour les reconnaître », disait le ministre de la Justice. LOCARÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 132.

Or, actuellement, le mobile financier est, de très loin, le moins important. Les reconnaissances mensongères sont couramment désignées sous le terme de reconnaissances de « complaisance ». L'homme, ou bien recherche par un sentiment de devoir le bonheur de l'enfant, ou bien surtout entend se servir de sa reconnaissance comme d'un instrument facilitant et parfois même conditionnant ses autres entreprises : c'est un moyen pour parvenir à d'autres fins (3). A l'occasion de son mariage, il accepte de devenir désormais, légalement, le père de l'enfant de sa future épouse. Il le fait par amour de sa femme : elle accueillera avec gratitude ce geste qui signifie pour elle un pardon du passé et qui donnera à l'enfant une chance de prendre place dans une famille légitime. Pour des mobiles peut-être louables dans l'immédiat, le « père » accepte de se prêter à un jeu dont l'enfant est apparemment le bénéficiaire.

Mais ce n'est qu'un jeu. Et lorsque l'enfant ne pourra plus servir les intérêts de celui qui l'a reconnu, on verra alors cet homme revenir sur ses affirmations et réclamer la vérité. De là viendra l'embarras des tribunaux : prononcer l'annulation de la reconnaissance c'est, bien sûr, rétablir les faits dans leur matérialité, mais c'est aussi en quelque sorte cautionner le comportement de cet homme.

La solution qui a finalement prévalu et qui consiste à affirmer la vérité, tout en sanctionnant par des dommages-intérêts le changement d'attitude de l'auteur de la reconnaissance, concilie assez bien les divers intérêts en présence. Elle n'a été acquise qu'au terme d'une longue évolution que nous nous efforcerons de retracer. Nous verrons d'abord quelles personnes sont autorisées à faire cesser un lien de filiation mensongère, quelles preuves elles doivent apporter et enfin quelle est la « contrepartie » de ce changement d'état de l'enfant.

SECTION I

L'ATTRIBUTION EXTENSIVE DE LA QUALITÉ DE DEMANDEUR

L'article 339 déclare que la reconnaissance « pourra être contestée par tous ceux qui y ont intérêt ».

Cette règle est valable, qu'il s'agisse d'une filiation paternelle ou maternelle. Mais les reconnaissances maternelles de complaisance

(3) En dehors du cas que nous citons et qui est actuellement le plus important, M. GÉNY (« Le maintien et la défense de la famille par le Droit », 1930, p. 117 (131) rapporte que pendant la guerre 1914-1918, certains mobilisés n'auraient pas hésité à reconnaître des pupilles de l'assistance publique car les pères de familles nombreuses ne partaient pas au front.

sont rares. Pour qu'elles interviennent, il faut supposer pratiquement que l'enfant a été abandonné par sa mère (4) mais que son père l'a reconnu. Lorsqu'il épouse alors une autre femme, il lui demande d'avouer une maternité fictive. Or l'hypothèse d'un enfant délaissé par sa mère mais élevé par son père est peu fréquente. Peu d'hommes sont légalement père d'un enfant avant de se marier : s'ils ont accepté leur paternité, ils ont généralement épousé la mère (5). La jurisprudence nous offre cependant quelques exemples de légitimations de complaisance reposant sur une maternité mensongère (6). Nous raisonnerons néanmoins sur le cas le plus général : celui de l'annulation d'une reconnaissance de paternité.

Deux problèmes vont retenir notre attention. Quelle que soit la personne qui introduit la demande, elle doit avoir un intérêt à agir qu'il s'agit de préciser car plus la jurisprudence se montrera stricte sur ce point et moins la vérité aura de chances d'être proclamée. D'autre part l'attribution de l'action à l'auteur même de la reconnaissance a soulevé de vives controverses.

Tout d'abord ce doit être un intérêt légitime et d'ordre privé qui anime le demandeur. Ce peut être un intérêt matériel : se soustraire au paiement d'une pension alimentaire (7), venir à une succession (8). Ce peut être un intérêt moral : on invoquera alors « les liens de famille » (9), « l'honneur du nom » (10), le désir de reprendre la garde de l'enfant (11) ou encore des mobiles moins nobles tels qu'écarter les chantages du prétendu père (12), éviter la circonstance aggravante d'ascendant dans une poursuite pénale pour attentat à la pudeur (13). Bien souvent d'ailleurs, ces différentes raisons se conjuguent (14). Elles n'ont pas besoin d'être exprimées, mais elles doi-

(4) Si la mère est célibataire, l'abandon sera la conséquence d'un désintérêt à l'égard de l'enfant ; si la mère est mariée avec un tiers, l'absence de reconnaissance sera la conséquence de l'article 335. Mais, à vrai dire, même dans cette hypothèse, la reconnaissance de complaisance par une autre femme n'est guère concevable que si la véritable mère ne s'est jamais occupée de son enfant.

(5) Réserve faite du cas où la mère est mariée.

(6) Trib. civ. Seine, 11 nov. 1908, G.P., 08.2.573, Trib. civ. Seine, 21 juin 1932, S. 32.2.231, D.H., 32.503, G.P., 32.2.577, Trib. civ. Lille, 9 avril 1954, G.P., 55.1.104.

(7) Trib. civ. Bordeaux, 12 janv. 1954, G.P., 54.1.170 ; Cass. civ. 12 juin 1956, G.P., 56.2.65.

(8) Trib. civ. Le Blanc, 11 févr. 1931, S. 31.2.97 ; Rouen, 3 déc. 1946, S. 48.2.39 ; Colmar, 14 févr. 1950, J.C.P., 50.5853, note J. SAVATIER ; Paris, 5 mai 1955, G.P., 55.2.16.

(9) Cass. Req., 4 juillet 1935, D.H., 35.412, G.P., 35.2.600.

(10) Paris, 5 janv. 1955, D. 55.664, G.P., 55.1.337, Affaire Talleyrand. Il n'est donc pas nécessaire d'être un parent proche de l'auteur de la reconnaissance.

(11) Amiens, 31 janv. 1952, J.C.P., 52.7299, note J. SAVATIER.

(12) Lyon, 2 déc. 1943, G.P., 44.1.84.

(13) Dijon, 20 mars 1953, G.P., 53.1.144.

(14) Exemple : l'annulation d'une légitimation de complaisance.

vent exister (15) et de plus, être légitimes : la notion d'abus de droit trouve ici un champ d'application (16).

L'initiative de l'action peut ainsi revenir à des personnes très variées : l'enfant, son véritable père, sa mère, les ascendants de la mère, les collatéraux héritiers, le second conjoint de l'auteur de la reconnaissance, etc.

Mais le droit d'agir fut refusé chaque fois que l'intérêt invoqué n'était pas d'ordre privé, chaque fois que le ministère Public agissait comme partie principale (17). « Notre Droit, dira un membre du Parquet, a conservé assez de sagesse pour interdire au ministère Public d'aller écarter les rideaux des alcôves, qu'elles bruissent encore d'une vie palpitante ou que la poussière de l'Histoire les ait définitivement recouverts » (18). L'idée est la même que celle de la Cour de cassation dans son arrêt célèbre de 1913 « les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que le repos des familles ».

L'action du ministère Public eût-elle été souhaitable ? (19). En règle générale, nous ne le croyons pas étant donné le grand nombre de personnes susceptibles de prendre l'initiative de cette action (20). Si un intérêt particulier quelconque est lésé l'annulation pourra être demandée aisément. L'intervention du ministère Public ne se concevrait donc de toute façon que dans des cas exceptionnels, au nom d'un intérêt supérieur à celui des particuliers, au nom d'une vérité

(15) L'absence d'intérêt fut relevée par trib. civ. Seine, 21 juin 1932, précité : un ascendant maternel contestait la reconnaissance faite par la seconde épouse du père de l'enfant, malgré l'existence d'une première reconnaissance faite par sa fille décédée. V. aussi Amiens, 31 nov. 1952 précité : le véritable père, marié par ailleurs, attaquait la reconnaissance du mari de la mère. Cette solution n'était pas évidente car le demandeur s'était toujours occupé de l'enfant. Elle fut rejetée dans un cas très voisin, Lyon, février 1964, « Le Monde », 6 févr. 64.

(16) Cass. civ., 1^{er} févr. 1965, G.P., 65.1.253. Les parents de la mère attaquaient la reconnaissance du mari. Cette action n'était qu'un épisode de la lutte entre les demandeurs et les parents de l'enfant. Après avoir poussé leur gendre à avouer sa paternité, ils estimaient que leur droit de visite à l'égard de l'enfant n'était pas suffisamment respecté. La cour d'appel déclara les demandeurs irrecevables, et la Cour de Cassation rejeta le pourvoi « en raison du but abusivement poursuivi par les grands-parents et étranger aux intérêts garantis par les dispositions de l'art. 339 C. civ. ».

(17) Cour d'Indochine, 8 sept. 1911, G.P., 12.1.207 ; Cass. civ., 17 déc. 1913, D. 14.1.261, note BINET, S. 14.1.153, note RUBEN de COUDER ; trib. civ. Seine, 3 févr. 1948, J.C.P., 48.4616, note DESBOIS ; Cass. civ., 29 mars 1955, D. 55.429. Pour l'annulation d'une reconnaissance adultérine, V. Cass. civ., 10 juin 1953, J.C.P. 53.7823, note J.S., G.P., 53.2.165.

(18) M. le Substitut ALBAN, au J.C.P., 50.6046, note sous trib. civ. Seine, 24 avr. 1950.

(19) Elle existe en Italie mais par ailleurs le mineur ne peut contester la reconnaissance.

(20) L'opposition est complète sur ce point entre contestation de reconnaissance et désaveu de paternité.

que tout le monde voudrait camoufler (21). Est-on en droit alors d'invoquer le repos des familles pour s'opposer au bouleversement voulu seulement par le représentant de la société ? Oui peut-être dans certains cas, lorsque par exemple l'abstention s'explique par les liens affectifs ayant pu se nouer entre l'enfant et son père fictif. Mais ce qui nous paraît surtout dangereux dans la position de la Cour de cassation, c'est l'abstraction dont on entoure cette notion de « repos des familles ». Dans l'espèce soumise à la Cour suprême en 1913, les reconnaissances émanaient d'un colon blanc qui avait imaginé ce biais pour permettre à des indigènes d'acquérir la nationalité française. Il n'avait donc jamais cherché à fonder une famille. Ces enfants n'avaient aucun intérêt légitime à opposer à celui du ministère Public qui était de combattre une fraude à la loi (22). Absolument rien n'unissait sur le plan affectif l'auteur de la reconnaissance et le bénéficiaire, aucune cohabitation n'avait été envisagée. Où donc était cette famille dont le repos importe tant aux magistrats de la Cour de cassation ? (23). Si la règle posée était peut-être bonne, en tant que principe général, l'application qui en a été faite nous semble plus contestable (24).

Mais le problème le plus vivement débattu fut celui de la recevabilité de l'action intentée par l'auteur de la reconnaissance. La solution était bien acquise en jurisprudence lorsque brusquement plusieurs juridictions refusèrent de faire prévaloir la vérité.

Les arrêts les plus anciens étaient divisés sur cette question. La cour de Paris, qui en 1853 (25) avait déclaré le demandeur recevable, revint deux ans plus tard sur sa position (26) ; mais rapidement l'unanimité se fit en faveur de l'action de l'auteur de la reconnaissance. La solution que la Cour de cassation donna pour la première fois en 1912 (27) consacrait donc la jurisprudence des juges du fond. Au-

(21) Si la filiation mensongère de l'enfant met en danger sa santé ou sa moralité, le ministère public saisira le juge des enfants conformément aux articles 375 et suivants du Code civil, de manière à retirer le mineur à sa famille.

(22) En Algérie et au Maroc, la reconnaissance n'est pas valable si elle constitue le moyen de réaliser une fraude (exemple : déroger aux règles successorales). V. J. Cl. Droit comparé, v° Afrique du Nord.

(23) Un décret du 28 mars 1918, *J.O.*, 7 avril 18, autorisa le ministère public à poursuivre d'office en Indochine l'annulation des reconnaissances d'enfants naturels.

(24) En ce sens, GOGUEY, « Reconnaissances et légitimations de complaisance », 1959.124. V. aussi COLIN-CAPITANT, t. I, n° 1345.

(25) Paris, 23 juill. 1853, D.P., 54.2.269 ; dans le même sens, Lyon, 13 mars 1856, D.P., 56.2.282.

(26) Paris, 22 janv. 1855, D.P., 55.2.144 ; dans le même sens, Aix, 30 mai 1866, D. 66.20.

(27) Civ., 2 juill. 1912, D. 13.1.183. V. déjà Cass. civ., 17 mai 1870, D. 70.1.243, qui se prononçait d'une manière générale pour la recevabilité de tous les intéressés.

cune opposition ne se fit jour avant 1948. Les arguments traditionnellement invoqués étaient les suivants : d'une part l'article 339 autorise tous les intéressés à agir et sans aucun doute le père de complaisance est un intéressé (28). D'autre part « il est contraire à l'ordre public que l'on puisse reconnaître comme sien l'enfant d'un autre » (29). L'ordre public s'identifie ici avec la manifestation de la vérité.

L'élargissement du cercle des personnes admises à invoquer l'article 339 favorisa l'anéantissement des reconnaissances de complaisance. Les instances se multiplièrent au point qu'une réaction se produisit. Le tribunal civil d'Amiens le 28 octobre 1948 (30) refusa au père complaisant le droit de contester sa reconnaissance. Dans les quelques années qui suivirent, la même position fut prise par le tribunal civil de Meaux (31) et par les cours d'appel de Bordeaux (32) et de Rennes (33). Dans ces différentes espèces la reconnaissance avait été suivie d'une légitimation.

Juridiquement, cette circonstance ne devrait exercer aucune influence sur la solution de notre problème. C'est en effet la reconnaissance qui est la base de la légitimation. En fait, la contestation risque d'être encore plus grave pour l'enfant car elle s'accompagne d'un changement dans la qualité de la filiation (34).

Le premier argument invoqué en faveur de ce revirement de jurisprudence fut justement le souci de tenir compte plus largement de son intérêt. L'ordre public s'identifierait avec l'intérêt de l'enfant. « En face de l'intérêt du parent prétendu se dresse l'intérêt de l'enfant au service duquel peut aussi être invoqué l'ordre public » (35). Il « est davantage atteint par les changements qui surviennent dans l'état d'un enfant..., que par une reconnaissance inexacte » (36).

Mais l'intérêt de l'enfant coïncide-t-il bien avec le maintien d'une filiation mensongère ? Oui peut-être tant que dure l'entente entre les parents. Dans un domaine voisin, il n'est pas rare de voir un homme qui épouse une veuve ayant des enfants, se comporter à leur

(28) Cass. Req., 24 oct. 1932, D.H., 32.540, G.P., 32.2.859 ; Cass. civ., 2 juill. 1912, D.P., 13.1.183.

(29) Cass. civ., 2 juill. 1912, précit. ; trib. civ. Seine, 11 nov. 1908, G.P., 08.2.573 ; trib. civ. Lille, 6 janv. 1933, G.P., 33.1.538 ; Aix, 22 déc. 1852 ; D. 54.2.121 ; Lyon, 13 mars 1956, D. 56.2.232.

(30) G.P., 49.1.30, solution renouvelée le 20 mai 1949, G.P., 49.2.105.

(31) 11 janv. 1950, J.C.P., 50.5572, note J. SAVATIER.

(32) 29 nov. 1950, J.C.P., 50.5936.

(33) 6 mars 1951, J.C.P., 51.6525, note J. SAVATIER.

(34) L'article 322 est réservé à la filiation légitime, jurisprudence constante depuis Civ., 17 févr. 1851, D. 51.1.113, S. 51.1.161.

(35) Trib. civ. Meaux, 11 janv. 1950, précité.

(36) Bordeaux, 22 nov. 1950, précité ; Paris, 12 janv. 1855, précité ; cf. aussi trib. civ. Amiens, 20 mai 1949, précité.

égard comme un véritable père. Mais que l'amour conjugal cesse, et la disparition du lien affectif de l'homme envers son épouse se répercutera sur les enfants. Comment persister à croire dans ces conditions que leur avantage est de conserver leur filiation légitime ? (37).

Le second argument est issu d'une appréciation de la conduite du père complaisant. Il est certain qu'elle est choquante. Cet homme a joué avec l'enfant dont le sort dépendait de ses sentiments à lui vis-à-vis de la mère; il était prêt à le reconnaître si son acte lui conférait un certain prestige auprès de la femme qu'il aimait. Maintenant qu'il est sur le point de rompre tous liens avec son épouse, il entend se libérer de tout ce qui le rattachait à elle. C'est pourquoi certaines juridictions essayèrent de sanctionner cette désinvolture en le déclarant irrecevable. Le tribunal civil d'Amiens (38) parle de « la mauvaise humeur » et des « fantaisies » du « père légal », constate qu'il « savait pertinemment lors du mariage qu'il ne pouvait être le père de l'enfant » et en tire la conséquence suivante : « il n'y a aucune raison de prononcer aujourd'hui l'annulation de la légitimation, la rupture prochaine du lien conjugal ne pouvant justifier pareille mesure ». La cour de Bordeaux (39) estime que l'action du « père » « ne tend à rien moins qu'à faire proclamer son mensonge » et, pour le tribunal civil de Meaux (40), elle est « immorale ».

Ces motifs, là encore, sont loin d'être dénués de tout fondement : mais la conséquence que l'on en tire, c'est-à-dire l'irrecevabilité de l'action (et non pas l'attribution de dommages-intérêts) est plus contestable.

Pour donner une forme juridique à ce ressentiment à l'encontre du mari, on invoque la maxime « Nemo auditur... ». Mais où sont l'indignité et la turpitude dans une instance qui évite qu'un individu ne soit, peut-être définitivement, enfermé dans une famille qui n'est pas la sienne ?

L'apparition de la vérité en matière de filiation, même lorsqu'elle n'est pas le but principal poursuivi, est un objectif suffisamment élevé pour s'opposer à l'application de la règle « Nemo auditur... » (41).

(37) « Le fait pour des enfants de vivre à un foyer dont ils savent que l'un des membres n'est rien pour eux... est cause de troubles extrêmement profonds », E.-S. de la MARNIÈRE, Service juridique de la protection de l'enfance, 1964, p. 67 (68).

(38) 28 oct. 1948, précit.

(39) 22 nov. 1950, précit.

(40) 11 janv. 1950, précit.

(41) V. GOCUEY, *op. cit.*, n^{os} 281 et suivants ; SELLÈS, « De la contestation pour inexactitude de la reconnaissance des enfants naturels », 1945, n^o 39.

Ce mouvement fut accueilli diversement en doctrine. Mais en toute hypothèse, il eut un double avantage :

— Poser clairement le problème du rôle de la vérité en matière de filiation naturelle : quel impératif doit guider les magistrats : l'intérêt de l'enfant ou la recherche de la vérité ?

— Mettre en relief les inconvénients des légitimations de complaisance.

Les solutions permettant de remédier à ce dernier inconvénient sont toutefois fort différentes selon les auteurs. Certains pensent que dans la conception actuelle qui fait de la reconnaissance « une manifestation passagère de la volonté d'un individu » (42), il faut interdire à son auteur le droit de la contester. Cette opinion n'a pas été suivie par la majorité de la doctrine; celui qui a endossé mensongèrement une paternité doit pouvoir la contester. Cependant, pour éviter les changements d'état de l'enfant, il convient d'insister sur les dommages-intérêts (43), d'admettre la prescription de l'action (44), de créer un contrôle lors de la reconnaissance (45), d'être plus exigeant pour la preuve à fournir (46), ou de faire une situation tout à fait privilégiée à celui qui bénéficie d'une possession d'état d'enfant commun des époux (47).

La solution préconisée par certaines juridictions entre 1948 et 1951 ne fut pas reprise ultérieurement. Mais de nombreuses décisions firent état de la controverse entre les différentes exigences de l'ordre public : doit-on tendre vers la stabilité de l'état de l'enfant ou vers la réalité de sa filiation ? C'est en faveur de la seconde branche de l'alternative que se prononcent désormais les juges (48). Aucun texte du Code civil analogue aux règles du désaveu n'impose le maintien d'une paternité mensongère. Le principe de la recevabilité de l'action fut réaffirmé à différentes reprises par la Cour de cassation (49).

(42) RALINCOURT, J.C.P., 1958.1.1442, « Réflexions sur l'article 339 du C. civil ».

(43) R. SAVATIER, note au D. 1960.12 ; J. SAVATIER, note au J.C.P., 1951.6526.

(44) J. SAVATIER, note au J.C.P., 1950.5853. Cette solution est admise par la jurisprudence lorsqu'un intérêt pécuniaire est le seul mobile du demandeur. Cass. civ., 26 juin 1956, D. 56.605, note MALAURIE ; Cass. civ., 20 oct. 1964, Bull. Cass., 64.356.

(45) RALINCOURT, art. précité.

(46) M. BOULBÈS, J.C.P., 1960.1.1547 : « La contestation de la reconnaissance d'un enfant naturel par son père après légitimation » propose une assimilation, sur le plan législatif, avec les moyens de preuve admis pour le désaveu.

(47) GOCUEY, *op. cit.*, n° 312 et suivants.

(48) Amiens, 5 déc. 1950, J.C.P., 51.5947 ; Dijon, 20 mars 1953, G.P., 53.1.382 ; trib. civ. Bordeaux, 12 janv. 1954, G.P., 54.1.170 ; trib. civ. Toulouse, 8 avril 1957, G.P., 57.2.159 ; Paris, 7 avril 1958 et 28 mai 1959, D. 60.10, note R. SAVATIER ; Paris, 19 janv. 1962, G.P., 62.2.6.

(49) Cass. civ., 30 juill. 1951, J.C.P., 51.6526, note J. SAVATIER, D. 51.701, G.P., 51.2.220 ; Cass. civ., 12 janv. 1956, G.P., 56.2.65 ; Cass. civ., 11 mars 1964, Bull. Cass., 64.1.111.

Sentant peut-être que cette tentative en faveur de la stabilité de l'état de l'enfant serait vouée à l'échec sur le terrain de la recevabilité de l'action, certaines juridictions avaient trouvé un moyen plus habile d'aboutir au rejet de l'instance; elles se plaçaient sur le terrain de la preuve à administrer et se montraient alors particulièrement exigeantes. Tant il est vrai qu'en droit les règles de fond dépendent étroitement des règles de preuve et que l'on parvient assez souvent à écarter par des exigences de preuve une vérité inopportune dont on avait admis au fond qu'elle soit recherchée et proclamée.

SECTION II

LES FACILITES DE PREUVE

Le seul moyen de combattre la présomption de vérité attachée à la reconnaissance est-il de prouver l'impossibilité absolue d'un rapprochement sexuel pendant toute l'époque légale de la conception ? Ou bien peut-on proposer seulement un faisceau de présomptions dont la réunion rend très improbable la réalité de la filiation reconnue ?

Il nous semble qu'une coupure peut être faite en jurisprudence autour des années 1948-1950. Avant cette date, les décisions rendues sont, dans leur ensemble, libérales. Sans doute certaines d'entre elles avaient-elles exigé du demandeur la preuve que la mère et l'auteur de la reconnaissance n'aient jamais pu se rencontrer pendant la période légale de conception (50). D'autres arrêts formulaient la même exigence « conformément à une jurisprudence bien fixée » (51), mais la vidaient en réalité complètement de son sens en admettant comme mode de preuve l'aveu de la mère (52). Peu de juridictions posèrent le problème théoriquement (53), mais beaucoup prononcèrent l'annulation de la reconnaissance en se fondant sur un ensemble de présomptions jugées précises et concordantes. Ils tinrent compte par exemple de l'éloignement de la mère et du prétendu

(50) Paris, 23 janv. 1877, D. 77.2.147 ; Lyon, 7 avr. 1905, D. 06.2.391. Cette règle ainsi formulée serait aujourd'hui dépassée. L'impossibilité absolue de paternité ne résulte pas seulement de l'impossibilité absolue des relations sexuelles (preuve de non-paternité par l'analyse comparée des groupes sanguins).

(51) Paris, 27 mai 1943, G.P., 43.2.53.

(52) Aix, 17 juin 1931, Tables G.P., 30-35, n° 60-61 ; Paris, 27 mai 1943, précité (toutefois en l'espèce l'aveu n'a pas été considéré comme suffisamment caractérisé).

(53) V. cependant Amiens, 20 déc. 1923, D. 24.2.38, G.P., 24.1.309 ; Rouen, 4 janv. 1933, Tables G.P. 30-35, n° 62.

père (54), de l'âge de l'auteur de la reconnaissance (55). Mais ils mirent assez souvent en avant des éléments n'ayant aucun lien avec les conditions mêmes de la procréation : par exemple les circonstances précédant la reconnaissance (56) l'attitude du père postérieurement à la reconnaissance (57), l'absence de correspondance dans les huit années ayant suivi l'établissement du lien de filiation (58), le manque total d'intérêt pour l'enfant (59), l'aveu de la mère (60), ou même dans une instance engagée par la mère, le simple consentement à l'annulation donné par le père complaisant joint à « l'intérêt évident » pour l'enfant de porter le nom du mari de la mère (61). Il est clair qu'ici les juges s'étaient laissé guider uniquement par ce qu'ils pensaient être l'intérêt de l'enfant, sans rechercher si la paternité reconnue était ou non l'expression de la vérité : la preuve de la non-paternité était inexistante, celui qui avait souscrit la reconnaissance s'était simplement contenté de la rétracter au cours d'une enquête officieuse (62).

Mais dans les années d'après-guerre, une réaction se produisit en jurisprudence contre la trop grande facilité avec laquelle on admettait parfois la preuve de la fausseté de la reconnaissance. Ce mouvement procède du même esprit que celui ayant inspiré les magistrats qui refusèrent à l'auteur de la reconnaissance le droit de la contester. L'époque est d'ailleurs la même. La cour de Nancy en

(54) Paris, 16 déc. 1921, D. 22.242 ; Amiens, 20 déc. 1923, précité ; trib. civ. Le Blanc, 11 févr. 1931, S. 31.2.197 ; trib. civ. Seine, 28 juin 1932, S. 32.2.234, G.P., 32.2.275 ; Cass. Req., 24 oct. 1932, D.H., 32.540, G.P., 32.2.859 ; Cass. Req., 4 juill. 1935, D.H., 35.412, G.P., 35.2.600.

(55) Trib. civ. Seine, 21 févr. 1913 et 31 juill. 1913, G.P., 12.20, n^{os} 75 à 83 et 92 à 94 ; trib. civ. Seine, 18 janv. 1919, G.P., 18-19.1.611 ; Cass. Req., 8 mars 1927, S. 28.1.95, G.P., 27.2.45 ; Aix, 17 juin 1931, précit. ; Cass. Req., 4 juill. 1935, D.H., 35.412, G.P., 35.2.600.

(56) Trib. civ. Seine 11 nov. 1908, G.P., 08.2.573 ; Cass. Req. 8 mars 1927, précit.

(57) Trib. civ. Caen, 21 juill. 1913, Tables G.P., 12-20, n^{os} 84 à 87.

(58) Amiens, 20 déc. 1923, précit.

(59) Trib. civ. Caen, 21 juill. 1913, précit.

(60) Cass. Req., 10 févr. 1847, D. 47.1.89 ; Poitiers, 5 mars 1900, G.P., 00.1.557 ; Trib. civ. Le Blanc, 11 févr. 1931, précit. ; Trib. civ. Lille, 6 janv. 1933 ; G.P., 33.1.538 ; Aix, 17 juin 1931, précit. Il serait tout à fait normal de tenir compte de cet aveu s'il avait été exprimé clairement avant même la reconnaissance. La Cour de Cassation a approuvé les juges du fond de l'avoir fait (Civ., 11 mars 1964, Bull. Cass., 64.1.111).

(61) Trib. civ. Lons-le-Saunier, 5 mai 1936, S. 36.2.208, G.P. 36.2.323.

(62) Toutefois au principe de la liberté de la preuve, il convient d'apporter une restriction (Rennes, 16 avr. 1929, G.P., 29.2.228) : on ne peut détruire une paternité en prouvant celle d'un tiers. Il est de plus incontesté que « les moyens de défense visés par l'article 340... (n'auraient) dans une instance en contestation de reconnaissance, ... que la valeur d'éléments d'appréciation auxquels le juge resterait libre d'attacher l'importance que paraîtrait lui commander l'ensemble des circonstances de la cause », Trib. civ. Dôle, 25 juin 1952, J.C.P., 52.IV.151.

1948 (63) et la cour de Colmar en 1950 (64) exigèrent la preuve de l'absence de tout rapprochement entre la mère de l'enfant et le prétendu père au moment où la conception était possible. L'arrêt de la cour de Colmar tout spécialement est extrêmement rigoureux. Le père, lors de la conception, était un enfant de 11 ans 11 mois. Certes, cette constatation selon la jurisprudence (65) est à elle seule insuffisante pour entraîner l'annulation de la reconnaissance; mais du moins devrait-elle permettre aux juges d'examiner avec bienveillance les autres éléments de preuve proposés. Au contraire, on voit la cour de Colmar refuser l'offre de la mère de prouver par témoins l'absence de tout rapport avec le père complaisant à l'époque de la conception, cet articulat étant trop général et trop imprécis.

Cette position est habile car elle évite que l'arrêt ne soit éventuellement cassé par la Cour suprême. La cour d'appel a en effet adopté cette solution dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, sans poser en principe une règle de droit contestable (66).

Pratiquement, il n'y a guère de différence entre rejeter le principe même de la contestation (67), et l'accepter en rendant à peu près impossible la preuve à administrer.

Les décisions de justice ultérieures ne reprirent pas la même exigence. Il est vrai que la Cour de cassation en 1951 (68) condamna cette sévérité comme elle l'avait déjà fait en 1927 et en 1935 (69). Récemment elle vient encore de préciser sa position de la manière la plus nette (70) : « En exigeant de C... qu'il rapporte la preuve de l'impossibilité où il s'est trouvé d'avoir... des relations intimes avec la mère, alors qu'il lui suffisait d'établir le caractère mensonger de la reconnaissance par tous moyens, l'arrêt attaqué a abusivement étendu à la contestation de celle-ci une règle spéciale à l'action en désaveu

(63) 16 déc. 1948, G.P., 49.1217.

(64) 14 déc. 1950, J.C.P., 50.5853, note J. SAVATIER.

(65) Trib. civ. Seine, 22 avr. et 3 juill. 1913, 18 janv. 1919, précit.

(66) Aux termes de laquelle, par exemple, une reconnaissance ne pourrait être contestée que si la preuve de l'impossibilité physique de cohabiter était rapportée.

(67) Ce qui eut été fort difficile de la part des juges de Colmar ou de Nancy, car ce n'était pas le père complaisant qui contestait le lien de filiation.

(68) Civ., 30 juill. 1951, J.C.P., 51.6526, note J. SAVATIER, D. 51.701, G.P., 51.2.210.

(69) Req., 8 mars 1927, S. 28.1.95, G.P., 27.2.45; Req., 4 juill. 1935, G.P., 35.2.600, D.H., 35.412. La Cour suprême avait semblé, en 1912 (Civ., 2 juill. 1912, D. 13.1.183, S. 13.1.390), se rallier à une position moins libérale. Mais cet arrêt n'était qu'un cas d'espèce. Le demandeur invoquait son impossibilité de cohabitation lors de la conception. Or, cette preuve, selon la Cour d'appel qui avait « justifié sa décision par des considérations de fait », n'avait pas été rapportée. La Cour de Cassation n'a fait qu'entériner la décision des juges du fait qui avaient agi dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation.

(70) Civ., 21 févr. 1966, D. 66.338.

de paternité. » La présomption de vérité attachée à la reconnaissance d'enfant naturel n'est pas aussi forte que celle attachée à une paternité légitime.

Néanmoins la liberté de la preuve ne doit pas se confondre avec une absence de preuve. A partir de 1955 surtout, les juges du fond, tout en respectant le principe posé par la Cour de cassation, se montrent assez rigoureux dans l'appréciation des moyens produits à l'appui de l'action en contestation.

La non-paternité doit résulter « d'une certitude objectivement fondée » (71). Une « particulière circonspection » (72), une grande prudence (73) sont souhaitables. La preuve doit être « stricte et rigoureuse » (74). L'incompatibilité des groupes sanguins (75) serait une preuve de tout premier ordre, de même que certains examens morphologiques (76). Mais la preuve de l'existence de relations intimes avec un tiers serait insuffisante (77). Inversement d'ailleurs la preuve des relations avec le demandeur ne suffirait pas à écarter l'action en contestation (78) : la fausseté de la reconnaissance peut être démontrée bien que la paternité soit théoriquement possible en raison de l'existence — non contestée — des relations.

Toutefois ces recommandations de prudence sont non avenues lorsque la contestation de reconnaissance est la conséquence d'une action en réclamation d'état d'enfant légitime. Nous avons vu que la seule preuve de la maternité d'une femme mariée entraîne la paternité de son mari et anéantit le lien de filiation réel créé généralement par l'amant, véritable père.

Ainsi toute filiation volontairement établie peut être contestée même lorsque l'action est engagée par l'auteur de la reconnaissance. Ne pouvant plus désormais s'opposer juridiquement à l'anéantissement des reconnaissances de complaisance, les tribunaux ont alors cherché à sanctionner indirectement l'attitude de ces pères fictifs.

(71) Paris, 5 mai 1955, G.P., 55.2.16.

(72) Lyon, 23 avr. 1956, J.C.P., 57.9955.

(73) Paris, 22 juin 1956, G.P., 56.2.115.

(74) Paris, 13 nov. 1959, J.C.P., 60.11406, note R. B. ; V. aussi Paris, 2 nov. 1961, J.C.P., 62.12515, note BOULBÈS.

(75) Pau, 4 avr. 1949, G.P., 49.2.40, Trib. civ. Seine, 19 juin 1951, J.C.P., 51.6527, note J. SAVATIER ; Trib. civ. Toulouse, 8 avr. 1957, G.P., 57.2.159.

(76) T.G.I. Seine, 14 févr. 1964, D. 65.507, note ROUAST : un homme de race blanche avait procédé à une reconnaissance prénatale, mais l'enfant à sa naissance était d'un type négroïde très marqué.

(77) Trib. Dôle, 25 juin 1952, J.C.P., 52, somm. 151. Comparer en Droit international privé l'arrêt Saclier (15 déc. 1964, Rev. crit. D. int. pr., 65.551, note P. LAGARDE). S'agissant d'une contestation de reconnaissance, une législation étrangère qui ignore l'« exceptio plurium » n'est pas contraire à l'ordre public français.

(78) Cass. civ, 11 mars 1964, Bull. Cass., 64.1.111.

L'article 339 C. civ. s'étant révélé impropre à freiner le nombre des actions en contestation, ils cherchèrent en dehors du droit de la filiation un moyen de parvenir à leurs fins. Ils le trouvèrent dans les principes de la responsabilité civile : l'annulation du lien de filiation sera proclamée, mais au prix d'une compensation financière versée par l'ex-père à l'enfant.

SECTION III

L'ALLOCATION DE DOMMAGES-INTERETS

Cette attribution, devenue fréquente depuis une vingtaine d'années, suppose nécessairement qu'a été commise une faute d'où résulte un préjudice.

Le préjudice existe-t-il réellement ? On pourrait en douter puisque, nous l'avons déjà dit (79), l'intérêt d'un enfant ne peut être de rester au foyer d'un homme qui n'est pas son père et qui n'a plus pour lui d'affection. Quand l'entente des parents a cessé, l'enfant a intérêt à perdre sa filiation mensongère.

Mais si l'état qu'il retrouve est plus avantageux que celui qu'il abandonne, il n'en reste pas moins que le *changement* qui s'opère dans sa filiation peut être source de préjudice.

Le préjudice moral résulte tout d'abord pour l'enfant de la révélation de ses origines. Les psychologues ont depuis longtemps insisté sur les troubles graves consécutifs à l'annonce de cette nouvelle (80). Il est vrai que l'enfant peut avoir deviné le vice de sa naissance avant que le procès ait été engagé. Mais en toute hypothèse le succès de l'action entraînera toute une série de conséquences qui viendront concrétiser aux yeux du public le changement d'état : la séparation juridique entre l'homme et l'enfant s'accompagnera d'une séparation matérielle et l'enfant perdra le nom qui avait été le sien jusqu'alors. Ce préjudice sera d'autant plus grave que la reconnaissance avait été suivie de légitimation et que la contestation a eu lieu de nombreuses années après l'établissement de la filiation. « L'enfant » a pu se marier et avoir lui-même des enfants. Non seulement son état, mais aussi celui de sa famille se trouveront remis en cause (81).

(79) *Supra*, p. 282.

(80) L'étude a surtout été faite à propos de la filiation adoptive ; mais ses résultats sont tout aussi concluants pour notre propos, car dans les deux cas l'enfant sait qu'il a été trompé et qu'il existe quelque part un homme qui est son véritable père.

(81) Pour le préjudice moral : Trib. civ. Nice, 13 nov. 1922, G.P., 22.2.647 ; Rennes. 9 janv. 1950, G.P., 50.1.260 ; Trib. civ. Bordeaux, 12 janv. 1954, G.P.,

Le préjudice matériel est tout aussi évident : d'un jour à l'autre, une source de subsides disparaît. L'enfant pouvait légitimement compter sur la stabilité de sa situation apparente, il pouvait espérer que celui qui se présentait comme son père continuerait normalement à pourvoir à son entretien et à son éducation. La contestation signifiera concrètement la diminution du train de vie, si modeste soit-il, et peut-être l'interruption des études commencées ou dans certains milieux la difficulté de l'établissement d'une jeune fille.

Le dommage, qu'il soit moral ou matériel, était inclus dans la reconnaissance de complaisance puisque aussitôt existante elle pouvait être contestée. Mais cette contestation n'étant qu'éventuelle, le préjudice qui en est la conséquence était seulement latent. La contestation le rend certain.

Cette remarque permet de mieux comprendre à quel moment se situe la faute. On ne peut voir dans la contestation elle-même un fait délictueux (à moins cependant qu'elle ne soit introduite dans le seul but de nuire à autrui) : celui qui demande l'annulation d'une reconnaissance mensongère agit dans le sens du rétablissement de la vérité, souci particulièrement important en matière de filiation naturelle bien qu'il ait pu être qualifié d'« impur » à propos du problème précis qui nous intéresse (82 *bis*). Il ne fait qu'user du droit que lui confère l'article 339 C. civ.; il n'engage pas sa responsabilité en ne faisant qu'exercer son droit.

La faute réside en réalité dans le simple fait de reconnaître pour sien l'enfant d'un autre (82). Que l'on puisse contester une reconnaissance fictive démontre bien qu'en principe cette reconnaissance aurait dû être conforme à la vérité. En n'obéissant pas à cette prescription, l'homme qui s'est prétendu le père a abusé du droit conféré par l'article 334 C. civ. car il l'a détourné de son but.

Une reconnaissance mensongère n'est pas, en soi, fautive. Elle ne le devient que si son auteur a agi en connaissance de cause (83). Sa

54.1.170 ; Paris, 28 mai 1959, D. 60.10, note R. SAVATIER ; Cass. civ., 12 févr. 1960, J.C.P., 60.11699, note J. SAVATIER, G.P., 60.1.364 ; Paris, 19 janv. 1962, G.P., 62.2.6 (le montant des dommages-intérêts fut fixé à 10.000 F.).

(82) Lyon, 11 oct. 1919, Rev. trim. dr. civ., 20.346, note GAUDEMET.

(82) Lyon, 11 oct. 1919, Rev. trim. dr. civ., 20.346, note GAUDEMET ; Trib. civ. Seine, 14 mars 1921, Rev. trim. dr. civ., 22.616, note GAUDEMET, et 888, note DEMOGUE ; Dijon, 22 mars 1953, G.P., 52.1.382 (condamnation aux dépens) ; Paris, 7 nov. 1958, D. 60.10, note R. SAVATIER ; Paris, 24 mars 1960, D. 60, somm. 109 ; Cass. civ., 12 févr. 1960, J.C.P., 60.11689, note J. SAVATIER ; Paris, 12 nov. 1964, D. 65, somm. 17 ; T.G.I. Bayonne, 8 déc. 1964, G.P., 65, comm. 105.

PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 847 ; GOGUEY, *op. cit.*, n° 206.

(82 *bis*) Paris, 24 mars 1960, précité.

(83) T.G.I. Seine, 14 févr. 1964, D. 65.507, note ROUAST. Le père, ignorant les relations de la mère avec un tiers, avait souscrit une reconnaissance préna-

responsabilité pourrait être atténuée par celle de la mère si cette dernière s'était rendue complice de la fraude, si elle y avait en quelque sorte participé en exhortant vivement son futur mari à y procéder (84).

A partir du moment où l'on admet que la faute est constituée par l'établissement mensonger du lien de filiation, peu importe la personne qui finalement contestera la reconnaissance. La cour de Paris avait semblé subordonner la faute à l'établissement *et* à la contestation de la filiation (85). Le père fictif était à l'abri de toute responsabilité si un autre que lui prenait l'initiative d'une action fondée sur l'article 339. Mais cette décision est restée isolée. La cour de Paris elle-même, dix mois plus tard, accorda des dommages-intérêts à l'enfant dans un cas où la demande en annulation émanait d'un tiers (86). L'auteur de la reconnaissance est responsable des risques pouvant découler de la situation *apparente* qu'il a volontairement créée (87).

On comprend ainsi peut-être mieux que le sentiment généreux ayant pu pousser un homme à s'attribuer une paternité inexacte ne supprime pas sa responsabilité. On ne pourrait pas davantage invoquer une compensation entre les dommages-intérêts et les dépenses occasionnées par l'entretien de l'enfant. L'obligation d'entretien nécessairement incluse dans la reconnaissance, avait été librement consentie, elle n'était pas le résultat d'une erreur (88).

On ne peut qu'approuver, en droit et en équité, l'octroi des dommages-intérêts. Les exigences de la vérité semblent même respectées puisque l'annulation de la reconnaissance sera prononcée.

Le recours à l'article 1382 est cependant une voie dangereuse pour les chances de manifestation de la vérité. D'une part, il n'empêchera pas un homme de s'approprier fausement un enfant. D'autre part et surtout, lorsque le père complaisant apprendra par l'homme de loi

tale. Or, l'enfant se trouvait être de race noire. Les dommages-intérêts furent refusés.

(84) T.G.I. Bayonne, 8 déc. 1964, précité. Voir aussi Paris, 7 nov. 1958, D. 60.10, note R. SAVATIER.

(85) Paris, 28 mai 1959, D. 60.10, note R. SAVATIER : « En reconnaissant mensongèrement et sans aucune contrainte... pour son fils naturel celui qui ne l'était pas, et en contestant cette reconnaissance de nombreuses années après, X... a commis une faute. » Il est vrai que la Cour entendait peut-être insister surtout sur le long laps de temps séparant la reconnaissance et la contestation, circonstance qui augmentait seulement le préjudice. En ce sens : DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1959.722. V. aussi Trib. civ. Bordeaux, 12 janv. 1954, G.P., 54.1.170.

(86) Paris, 24 mars 1960, D. 60, somm. 109.

(87) En ce sens : J. SAVATIER, note au J.C.P., 1951.6526. V. aussi BOULBÈS, note au J.C.P. 1960.12460 ; DEMOGUE, Rev. trim. dr. civ., 1923.142 (pour le cas où l'enfant est demandeur) ; Paris, 19 janv. 1962, G.P., 62.6.

(88) Pour la compensation : Rennes, 9 nov. 1950, G.P., 50.1.260 ; *contra* : R. SAVATIER, note au D. 1960.13.

consulté au moment d'engager la procédure de l'article 339 que le succès de l'action s'assortira d'une charge financière, le risque est grand de voir alors l'auteur de la reconnaissance renoncer à son projet. Il mettra en balance les frais que représente pour lui dans l'avenir l'entretien de l'enfant, et ce qu'il aura à verser en plus des frais du procès en cas de succès. Il est à craindre que, dans certains cas du moins, le *statu quo* c'est-à-dire le maintien du mensonge ne soit pour lui pécuniairement plus intéressant. Il est heureux dans ces conditions que la jurisprudence paraisse décidée à imposer la réparation du préjudice au père fictif, même si ce n'est pas lui qui agit en contestation. Car cette action émanant d'un tiers, par exemple de la mère, peut venir bouleverser toutes ses prévisions. Au fur et à mesure que le temps passe, la somme à verser risque d'augmenter car le changement d'état de l'enfant est d'autant plus préjudiciable qu'il intervient tardivement. Cette considération peut pousser l'auteur de la reconnaissance à demander rapidement à la justice d'en constater l'inexactitude.

Mais ce tempérament, à son tour, n'est pas sans inconvénient. On peut notamment imaginer que des épouses délaissées utilisent cette jurisprudence comme une arme à l'encontre de leur ancien mari. Pour prix de leur inaction, elles exigeront par exemple la reprise de la vie commune, ou même, l'hypothèse n'est pas invraisemblable, le versement de petites sommes d'argent. Ces sordides calculs prévaudront finalement sur l'intérêt de l'enfant et sur la vérité.

La position de la jurisprudence est sans doute la moins mauvaise, étant donné notre droit positif (89). Mais elle démontre qu'aucune solution satisfaisante ne pourra être trouvée tant que la reconnaissance elle-même se fera sans aucun contrôle préalable. C'est à ce niveau qu'il faut chercher le remède.

Le souci de donner à un enfant un père ou une mère doit s'exprimer par la voie de l'adoption. Chaque institution a un but propre qu'il faut respecter. C'est au législateur d'intervenir devant l'ampleur du phénomène que constituent les reconnaissances et les légitimations de complaisance car, à l'évidence, la réglementation des institutions actuelles ne correspond plus aux besoins nouveaux des particuliers.

Les tribunaux ont essayé de répondre aux nécessités de la pratique : les légitimations de complaisance sont sans doute loin d'être toutes des échecs. Aussi le ministère Public ne peut-il intervenir pour en demander lui-même l'annulation. Mais si l'intégration de l'enfant dans la famille s'avère impossible, si la rupture est demandée, les juges

(89) V. R. SAVATIER, note au D. 1960.10 ; J. SAVATIER, note au J.C.P., 1960.11689.

s'inclinent devant la vérité et prononcent l'annulation tout en sanctionnant la fraude à la loi qui en est l'origine.

S'incliner devant la vérité est parfois aussi une solution bien tentante pour le magistrat auquel on demande de sanctionner, non plus la fausseté de la reconnaissance, mais la violation d'une condition de sa validité en tant qu'acte juridique. Le souci de la vérité conduit à se désintéresser des conditions générales de validité de l'acte juridique créant la filiation pour ne s'attacher qu'à son contenu. Tel est bien en effet le sens des efforts déployés par la jurisprudence.

CHAPITRE II

Contestation indirecte de la véracité d'une reconnaissance attaquée pour vice du consentement.

Une reconnaissance pourra être annulée si son auteur n'a pas respecté toutes les conditions de validité imposées par la loi. La nullité absolue sera encourue lorsqu'ont été violées certaines règles de forme (rédaction dans un acte sous-seing privé...) ou de fond (apparition d'une filiation adultérine, adoption de l'enfant accompagnée d'une rupture avec la famille d'origine : art. 354 al. 2, art. 369). Tout intéressé pourra la soulever, même s'il agit dans un but pécuniaire.

Nous envisageons ici la nullité relative, conséquence d'un vice du consentement. Le principe même de cette contestation doit-il être retenu ? On pourrait en douter étant donné que la théorie des vices du consentement figure dans le Code civil au chapitre « Des conditions essentielles pour la validité des conventions ». Mais on admet couramment que ce texte a une portée beaucoup plus générale et vise tous les actes juridiques (1), qu'ils soient synallagmatiques ou unilatéraux (renonciation-option de communauté) (2).

Qu'on analyse la reconnaissance d'un enfant naturel comme une semi-adoption ou comme un moyen d'affirmer des liens du sang, on sera amené à annuler cet acte juridique si son rédacteur a été trompé sur l'enfant à reconnaître ou encore s'il n'a agi que sous l'emprise de la violence.

(1) MAZEAUD, t. II, 1956, n° 158 ; Colmar, 21 déc. 1956, Tables G.P., 56-60, n° 171 à 176.

(2) MARTIN de la MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral », n° 209 à 236.

De nombreuses juridictions non saisies directement de ce problème se sont prononcées dans le sens de l'admission de l'action (3). Certaines estiment même que c'est le seul cas dans lequel on peut contester une reconnaissance (4). L'article 339 supposerait un vice du consentement. Nous savons que l'ensemble de la jurisprudence n'a finalement pas retenu cette proposition.

Dans les rares cas où l'annulation de la reconnaissance était demandée sur la seule base des vices du consentement (5), les tribunaux ont toujours introduit dans leurs motifs des considérations tirées de la réalité de la filiation.

La cour de Poitiers en 1907 fut saisie d'une demande en nullité reposant sur l'erreur (6). Le père de l'auteur de la reconnaissance avait pris l'initiative de l'action, estimant que son fils avait « cru la demoiselle G... irréprochable jusqu'au jour où elle était devenue sa maîtresse » alors qu'elle avait eu précédemment un enfant naturel. L'arrêt décide, à juste titre que « l'erreur intéressait exclusivement la personnalité de M. G..., mais ne portait en rien sur la substance de l'acte entrepris, c'est-à-dire sur le fait de la reconnaissance ou sur la personnalité et l'identité de l'enfant qui en est l'objet ». On ne peut en effet considérer comme une qualité substantielle de la reconnaissance, l'attitude de la mère avant le début de la liaison. Cette circonstance, à la rigueur, pouvait constituer un des mobiles de la reconnaissance, mais ce mobile n'était sans doute pas déterminant. Il aurait donc suffi aux magistrats de relever qu'aucune donnée de l'espèce ne permettait de croire que le père avait avoué sa paternité en considération de la conduite passée de la mère. Mais au lieu de trancher ainsi cette question en quelques phrases, la Cour recherche avec insistance pour quelles raisons la reconnaissance a eu lieu. Elle relève alors avec soin tous les éléments qui justifient la croyance en la paternité, fondement de l'acte posé par l'auteur de la reconnaissance.

Ainsi la reconnaissance ne pouvait être annulée pour erreur mais le refus d'annulation a été tout autant déterminé par le souci de la vérité matérielle.

(3) Aix, 22 déc. 1852, D. 54.2.121 ; Paris, 16 déc. 1921, D. 22.2.42, Trib. civ. Meaux, 11 janv. 1950, J.C.P., 50.5572 ; Bordeaux, 22 nov. 1950, J.C.P., 50.5936 ; Paris, 28 mai 1959, D. 60.10.

(4) Paris, 12 janv. 1855, D. 55.2.144 ; Rennes, 6 mars 1951, J.C.P., 51.6525, note J. SAVATIER.

(5) Les plaideurs, lorsqu'ils demandent l'annulation pour vice de consentement, invoquent souvent en même temps l'art. 339. Paris, 28 déc. 1833, D. 34.2.195 ; Cass. civ., 15 juill. 1870, D. 70.1.243.

(6) Poitiers, 30 déc. 1907, S. 09.2.313, note TISSIER. Le dol avait aussi été invoqué mais aucune manœuvre frauduleuse ne fut relevée.

Le tribunal civil de Nantes fut saisi quant à lui en 1957 (7) d'une demande en nullité fondée sur le dol. Une femme avait promis à un jeune homme de l'épouser s'il reconnaissait l'enfant qu'elle attendait. Une fois la reconnaissance faite, elle refuse le mariage. Dans un jugement fort bref, le tribunal constate que la promesse « avait conditionné la reconnaissance de l'enfant », et fait droit à la demande du père fictif. Aucun détail n'est donné sur la preuve des manœuvres, leur existence est simplement affirmée. Si l'on rapproche ce lacanisme de l'insistance avec laquelle les juges rappellent l'existence de la grossesse au moment où le demandeur et le défendeur se sont connus, on est amené à penser que le caractère mensonger de la reconnaissance a fortement influencé la solution du tribunal.

On pourrait encore citer un arrêt de la cour de Colmar (8). Après avoir déclaré que « seule la violence injuste est cause de nullité », l'arrêt proclame « qu'elle ne peut se confondre avec l'exhortation, si indiscreète soit-elle, à accomplir un acte commandé par la morale ». L'annulation est refusée. Reconnaître un enfant n'étant guère considéré en soi comme une action « morale », c'est sans doute qu'en l'espèce l'auteur de la reconnaissance était bien le père de l'enfant.

On mesure par ces quelques exemples l'importance pour les magistrats du souci de la vérité, même lorsque l'action ne tend pas à annuler une reconnaissance en raison de son inexactitude. Cette convergence se marque encore sur le terrain de la preuve. Théoriquement, la tâche du demandeur est plus facile lorsqu'il s'appuie sur les articles 1109 et suivants. Par exemple il lui suffira en principe de démontrer que la mère avait trompé son amant sur la date prévue de la naissance pour obtenir gain de cause. Ce seul élément, dans l'hypothèse de l'article 339, ne constituerait qu'une présomption. Mais en pratique pour appliquer la théorie des vices du consentement nous avons vu que le juge veut préalablement être convaincu de la non-paternité, ce qui nécessite donc en fait la réunion d'autres présomptions. Il est impossible d'établir une cloison étanche entre l'annulation pour vice du consentement et l'annulation pour inexactitude de la reconnaissance.

Tous ces efforts déployés par la jurisprudence dans le cadre des articles 1109 à 1116 et 339 doivent être remarqués. Mais les remèdes auxquels ces efforts donnent naissance ne sont que des palliatifs imparfaits. La volonté des individus ne doit pas être toute puissante en matière de filiation naturelle. Elle doit être au service de la vérité. Le but à atteindre devrait être le suivant : que jamais la filiation

(7) Trib. civ., Nantes, 27 nov. 1957, G.P., 58.1.432.

(8) Colmar, 21 déc. 1956, Tables G.P., 56-60, précit.

d'un enfant naturel simple ne reste dans l'ombre, ce qui implique que toute reconnaissance soit un mode de preuve d'une réalité préexistante (la paternité ou la maternité est la cause de la reconnaissance), ce qui implique aussi que ce moyen d'établir un lien de parenté ne soit pas le seul, que les tribunaux puissent imposer à un homme ou à une femme les obligations inhérentes à la procréation.

Le Code civil admet aujourd'hui qu'un lien de filiation puisse être proclamé en justice. Mais cette voie, ouverte en 1912 seulement, a été assortie de multiples précautions dont on pourrait penser qu'elles contribuent à éviter le succès de demandes mal fondées, mais dont nous verrons qu'au contraire elles aboutissent à gêner la manifestation de la vérité. Et l'effort de la jurisprudence pour s'affranchir de ces obstacles va nous apparaître comme une nouvelle preuve de leur désir primordial d'atteindre à la vérité.

TITRE II

RECHERCHE JUDICIAIRE DE LA FILIATION NATURELLE ET VERITE

Lorsque les parents naturels se sont abstenus de reconnaître volontairement leur enfant, doit-on permettre à la Justice de proclamer malgré tout la maternité ou la paternité ?

Parfois l'enfant a été élevé par ses deux parents ou par l'un d'eux. L'absence de lien de filiation procède alors d'un oubli ou d'une méconnaissance des règles juridiques beaucoup plus que d'une volonté consciente et délibérée de taire la vérité. Mais ces hypothèses sont rares : elles supposent que le parent est décédé sans avoir eu besoin de prouver son lien de filiation avec l'enfant. La possession d'état n'étant pas un mode de preuve extra-judiciaire de la filiation naturelle, l'intervention des tribunaux est nécessaire, mais le rôle des magistrats consistera simplement à faire produire des effets à une volonté certaine, mais qui ne peut plus s'exprimer.

Dans la majorité des cas au contraire, le recours aux tribunaux sera le seul moyen de dévoiler une situation de fait que l'intéressé a soigneusement cachée ou dont, en tout cas, il n'a jamais voulu assumer la responsabilité. Aujourd'hui encore, une paternité ou une maternité naturelle, sans être infâmante, est cependant une flétrissure. (De plus, un enfant est une charge « encombrante » qui restreint la liberté de son auteur et l'oblige à lui consacrer une part de ses revenus.)

Il est clair que le Droit ne prendrait guère en considération ces motifs égoïstes s'ils étaient seuls invoqués à l'encontre de la déclaration judiciaire de filiation.

Mais on avance aussi d'autres arguments plus importants : peut-on parvenir à une connaissance certaine des liens de sang ? Le sort de l'enfant sera-t-il amélioré par le succès de l'action en justice ? On suggère ainsi que le souci de la vérité et l'intérêt de l'enfant s'opposeraient à la recherche en justice de la filiation.

Le premier obstacle est d'ordre technique et sa portée est limitée. La maternité, à moins d'être extrêmement ancienne, peut toujours être décelée médicalement. La paternité est sans doute plus secrète. Toutefois l'attitude des amants au moment de la conception fournira au juge des indices de tout premier ordre qu'il pourra compléter (ou même remplacer) par des analyses sérologiques. La paternité ne restera douteuse que dans des cas relativement rares. On ne doit donc pas décider une fois pour toutes que la vérité est, en cette matière, impossible à connaître.

Quant à l'intérêt de l'enfant, nous ne nions pas qu'il puisse se trouver exceptionnellement, du côté du *status quo*. Mais d'une part, s'il se décide à agir, c'est qu'il espère obtenir de son action plus d'avantages que d'inconvénients. D'autre part, nous pensons que tout être humain a un droit à établir ses origines (indépendamment des conséquences pécuniaires qui en découlent). L'enfant qui, officiellement, est « né de personnes non dénommées » restera toujours hanté par la personnalité de ses auteurs. Un médecin a pu écrire à propos de l'enfant privé de sa famille : « Sans racine il est sans passé, sans ascendance, sans généalogie. Il est né de personne. Cette atrophie de l'origine compromet la destinée qui reste brumeuse, sans structuration possible... Le manque d'origine entraîne l'absence d'historicité et d'identité qui entrent dans la composition de la personnalité sociale » (1).

Il est vrai, sans doute, qu'à partir du moment où une recherche judiciaire de filiation est envisagée, c'est que le père est connu. Mais il est tout aussi certain que le souci, pour tout individu, de connaître la vérité de ses origines n'est pleinement satisfait que si cette révélation s'impose à tous. Il est important que *juridiquement* la vraie filiation soit établie, *qu'officiellement* l'enfant soit rattaché à son père, qu'il porte son nom. Tant que la paternité reste officieuse, tout le monde est en droit de l'ignorer (ou de feindre de le faire). Or l'opinion du public est un facteur indispensable pour l'insertion de l'individu dans la société. Cette adhésion ne sera complète que si elle repose sur un fait constaté et vérifié par une autorité publique.

Les rédacteurs du Code civil avaient cru adopter une solution sage en autorisant la seule preuve judiciaire de la maternité natu-

(1) Docteur MATHIS, « L'enfant privé de sa famille », *Sauvegarde de l'enfance*, 1967.199 (202).

relle et en interdisant en principe celle de la paternité naturelle. Mais progressivement, un courant d'opinion contraire de plus en plus fort s'est développé, et en 1912 la prohibition de la recherche de la paternité naturelle fut abolie. Toute filiation naturelle simple peut désormais être établie en justice.

L'établissement de la filiation maternelle reste cependant plus aisé. Manifestement, la vérité y joue un rôle très important que les textes récents ont encore accentué. Nous dirons d'abord quelques mots de ce problème avant de consacrer le reste des développements de ce titre à la recherche judiciaire de paternité naturelle.

La recherche de maternité naturelle.

L'enfant qui n'a pas été reconnu par sa mère dans un acte authentique doit recourir aux tribunaux pour faire établir sa filiation maternelle (art. 341) (2). Or les recueils de jurisprudence nous offrent peu d'exemples récents d'action en recherche de maternité naturelle. Vers quelles directions se tourner pour expliquer cette rareté ?

Il est clair tout d'abord qu'un petit nombre de mères seulement ne reconnaissent pas leur enfant (entre 4 et 30 % selon les régions) (3) : généralement, elles n'ont pas pu cacher leur grossesse et leur accouchement. Dans ces conditions, puisque tout le monde connaît l'existence de relations sexuelles hors mariage, la dissimulation juridique de la maternité présente beaucoup moins d'intérêt. Si la mère est décidée à élever son enfant, elle désirera percevoir les prestations de l'assurance-maternité qui sont subordonnées à l'établissement du lien de filiation.

Les assistantes sociales exerçant dans les maternités ou même les directrices de cliniques ne manqueront pas de souligner aux jeunes accouchées leurs devoirs envers leur enfant. Elles leur expliqueront que leur nom dans l'acte de naissance de l'enfant ne suffit pas à établir juridiquement leur maternité.

La rareté des actions fondées sur l'article 341 trouve donc d'abord son origine dans le grand nombre de reconnaissance de maternité : peu de mères soucieuses d'élever leur enfant s'abstiennent ou omettent de le reconnaître; de sorte que l'absence de filiation maternelle est sans doute essentiellement la conséquence d'un abandon du nouveau-né. Dès lors, si l'enfant n'agit pas en justice, c'est parce qu'il ne sait pas quelle femme lui a donné naissance. Par ailleurs, s'il

(2) A moins qu'il ne remplisse les conditions de l'article 336.

(3) HOUIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950.19. Au contraire, entre 5 et 25 % d'hommes reconnaissent leur paternité.

peut retrouver la trace de sa mère, la vérité pourra-t-elle aisément se faire jour en justice ?

Les rédacteurs du Code civil étaient très influencés par l'idée que la filiation naturelle est infâmante. Il fallait éviter d'« exposer la femme à craindre une action flétrissante pendant tout le cours de sa vie. Il est donc nécessaire de modérer cette action afin qu'elle n'entraîne pas d'abus » (4).

En même temps, s'agissant d'une maternité, il n'y a pas à « pénétrer les mystères de la nature » (5) puisque l'accouchement est un fait matériel que l'on peut aisément constater.

La recherche de la maternité fut donc admise, mais assortie de différentes précautions.

Seul l'enfant est autorisé à agir. Toutefois son droit à connaître la vérité est même supprimé lorsqu'il a été adopté et que le tribunal a prononcé la rupture de tous les liens avec la famille d'origine (art. 352 C. civ.). Le droit de l'adoptant s'oppose ici à un souci de la vérité.

Les héritiers de l'enfant seraient déclarés irrecevables (6). Aucun texte ne leur accorde cette faculté et l'on hésite à faire ici application du droit commun car l'insécurité de la mère durerait bien longtemps au-delà de la mort de son enfant (7). En matière de filiation légitime, le droit pour les héritiers de l'enfant d'agir en réclamation d'état est proclamé par un texte (art. 329) mais il est assorti de restrictions (art. 329-330). Si l'on accordait aux héritiers de l'enfant naturel le droit d'agir en recherche de maternité, ce droit ne serait assorti d'aucune réserve particulière car on peut difficilement transposer à la filiation naturelle des textes spécialement écrits pour la filiation légitime (8). Cette liberté complète serait peut-être dangereuse. Il n'en reste pas moins que l'interdiction absolue, nullement imposée par un texte exprès, est rigoureuse (9).

Il est vrai qu'en pratique, chaque fois que l'action a été intentée après le décès de l'enfant, l'appréhension d'une succession était en

(4) Berlier, cité par LOCRÉ, « La législation... de la France », t. VI, p. 126. V. aussi LAHARY, *op. cit.*, p. 268.

(5) BICOT de PRÉAMENEU, *op. cit.*, p. 214.

(6) Cass. civ., 29 juill. 1861, S. 61.1.700 ; D. 61.1.297 ; Cass. civ., 10 août 1864, S. 64.1.505 ; Cass. civ., 9 mars 1926, D.H., 26.234, D.P., 26.225, note ROUAST, S. 26.1.337, note VIALLETON.

(7) Tous les auteurs déclarent l'action imprescriptible. V., par exemple, AUBRY-RAU, t. IX, § 570, n° 26 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 882, etc.

(8) *Contra* : DEMOLOMBE, t. V, n° 524 ; Angers, 29 mai 1852, S. 52.2.641, note DEVILLENEUVE.

(9) D'autant plus, si l'on poursuit la comparaison avec la filiation légitime, que la femme mariée peut se voir imposer sa maternité par une action en réclamation d'état émanant *du mari*, solution qui n'a aucun équivalent dans le domaine de la filiation naturelle.

jeu (10). Ceci explique peut-être en partie que la jurisprudence ait hésité, pour un motif strictement pécuniaire, à troubler la paix de la mère naturelle.

Cette limitation du nombre des demandeurs témoigne des restrictions dont on a voulu entourer l'action. Le régime des preuves illustre parfaitement, lui aussi, cette tendance.

En 1804, un commencement de preuve par écrit était toujours nécessaire pour établir l'identité de l'enfant avec le nouveau-né mis au monde par la mère. Lorsque le nom de la mère n'était pas mentionné dans l'acte de naissance (11), le commencement de preuve par écrit était même exigé pour démontrer l'existence de l'accouchement (12). La jurisprudence refusait d'admettre comme administratives les « présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants » retenus par l'article 323 pour la maternité légitime (13).

Inversement l'écrit ne devait pas obligatoirement émaner de la mère, il suffisait qu'il remplisse les conditions de l'article 324 et non celles, plus sévères, de l'article 1347 (14). Ce point, acquis en jurisprudence, fut consacré par la loi du 15 juillet 1955, qui a aussi sur plusieurs autres points, facilité la tâche du demandeur. Des « présomptions ou indices graves » rendent désormais possible le recours aux témoignages (15).

Mais surtout l'innovation la plus importante concerne l'accouchement de la mère (16) et l'identité de l'enfant. Sans doute la pos-

(10) V. la jurisprudence citée par MM. LEVASSEUR et HUET-WEILLER au J. Cl. civ., art. 331-342, fasc. G. L'action a pour but de faire réduire les libéralités reçues par l'enfant « naturel », de recueillir la succession de cet enfant lorsque « sa » mère est décédée elle aussi, etc.

(11) La désignation de la femme était (et est toujours) considérée comme une preuve suffisante de l'accouchement. Cass. civ., 1^{er} juin 1853, S. 53.1.481 ; Cass. civ., 23 nov. 1868, S. 69.1.5, note PONT ; Cass. civ., 22 oct. 1902, D. 02.1.539.

(12) Cass. Req., 3 juill. 1850, D. 50.1.209, S. 50.1.705, note DEVILLENEUVE.

(13) Cass. civ., 28 mai 1810, S. 09.11, p. 189.

(14) Cass. civ., 23 nov. 1868, précit. ; Cass. civ., 22 oct. 1902, précit. ; Cass. Req., 17 juin 1907, D. 08.1.161, note RIPERT, S. 09.1.489 ; note NAQUET ; Cass. Req., 26 févr. 1935, G.P., 35.1.730.

(15) Maternités légitimes et naturelles sont ainsi soumises, sur ce point, aux mêmes règles. Un examen sérologique démontrant que l'enfant et la défenderesse appartiennent à un groupe sanguin peu répandu serait un indice valable, admis sans doute plus facilement dans une action fondée sur l'article 341, car la loi n'exige pas, comme pour l'article 323, que les administratives soient « dès lors constants ». Si les présomptions sont suffisamment graves, elles peuvent, à elles seules, emporter la conviction du tribunal (Trib. civ. Valence, 3 juill. 1956, G.P., 57.1.32).

Voir aussi : T.G.I. Avesnes-sur-Helpe, 27 oct. 1965, J. Cl. civ., art. 341-342, fasc. G., feuillets mobiles : « La preuve par témoins est admissible quand la femme, en plus d'une attestation d'accouchement, prouve qu'elle a retiré elle-même l'enfant de la clinique où a eu lieu sa délivrance et qu'elle l'a fait élever par sa propre mère. »

(16) En ce sens, bien que le texte puisse être interprété en faveur de la seule preuve de l'identité : ESMEIN, « La preuve de la filiation naturelle et la condition

session d'état a-t-elle une portée moins large en matière de filiation naturelle qu'en matière de filiation légitime : elle n'est qu'une preuve *judiciaire* de la maternité. Néanmoins, la modification législative est, sur le plan théorique (17), fort importante. La preuve de la maternité tend de plus en plus à s'orienter vers la preuve d'un fait matériel, objectif, indépendant d'une manifestation expresse de volonté de la mère (18).

La loi du 15 juillet 1955 s'inscrit donc dans la même ligne d'évolution que la loi du 16 novembre 1912, augmentant le nombre des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle. Dans les deux hypothèses, on part de l'idée que la vérité biologique doit être la base de la filiation.

La réglementation actuelle de la recherche de paternité ne peut se comprendre qu'à la lumière de l'histoire. Elle seule permet d'expliquer non seulement la position du législateur de 1804, mais aussi celle du législateur de 1912.

Le souci de vérité dans l'ancien Droit se manifestait de deux manières différentes :

L'établissement du lien de filiation paternelle était autorisé par tous les moyens (19).

Les frais de gésine étaient remboursés à la mère, dans certaines conditions, sur le fondement de la maxime « *Creditor virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo proequantem esse* » (20).

Le Droit intermédiaire abolit ces deux solutions qui ne furent pas non plus reprises par les rédacteurs du Code civil. On sait comment Bonaparte, partisan d'une interdiction absolue de la recherche de la paternité (21), parvint à ses fins en épurant le Tribunal. C'est de

des enfants adultérins et incestueux », G.P., 55.2.D.21 ; MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 950 (ces auteurs estiment du moins que telle sera la position des tribunaux).

(17) La loi de 1955 n'a entraîné aucune augmentation sensible du nombre des actions.

(18) Rappelons ici le projet tendant à faire découler la filiation maternelle de la seule mention du nom de la mère dans l'acte de naissance.

(19) La jurisprudence se montrait très large, tant pour l'admission de la preuve que pour le montant de la pension. BARBARIN, « La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, du concile de Trente à la Révolution française », 1960, p. 34.

(20) Ces premiers secours pouvaient être obtenus très aisément : il suffisait à la mère célibataire, tenue depuis un décret d'Henri II, de 1556, de faire connaître sa grossesse et son accouchement, de désigner dans sa déclaration le père de l'enfant. Les déclarations de la mère pouvaient fort bien être mensongères, puisque aucun contrôle n'était effectué. Mais, en fait, les abus furent rares. V. GARRAUD, « La vérité sur la recherche de la paternité », *Revue critique*, 1884, pp. 590 et 672.

(21) « La société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus », cité par FENET, t. X, p. 77.

l'hostilité à l'égard des enfants naturels qu'est née la prohibition de l'article 340 (22).

La jurisprudence essaya progressivement de pallier les inconvénients d'une injustice aussi flagrante. Faisant preuve d'une ingéniosité louable, elle accepta de tirer certaines conséquences pécuniaires du fait de la paternité. La vérité ne sera pas officiellement constatée, mais elle apparaîtra à demi, elle sera sous-entendue dans deux séries de décisions.

Dès 1845 (23), la Cour de cassation condamne sur la base de l'article 1382 l'homme qui, après avoir séduit dolosivement une jeune fille, l'abandonne elle et son enfant. Elle s'enhardit jusqu'à tenir compte, dans l'appréciation du dommage, de la charge que représente l'enfant. Ainsi le défendeur pourra être condamné à payer à la mère « un secours mensuel d'un chiffre variable suivant l'âge de l'enfant » (24). Mais ce faisant « les juges n'ont rien décidé quant à la filiation » (24). Voilà donc un homme qui n'est pas le père, condamné à verser pour un enfant qui n'est pas le sien, une pension alimentaire ! La vérité cherche à s'épanouir, même si elle doit de ce fait heurter la logique.

Par ailleurs, les tribunaux valident les promesses d'entretien souscrites par l'amant (25). En s'engageant à subvenir aux besoins de l'enfant, il a substitué à une obligation naturelle, une obligation civile. En fait, la cause de cette obligation naturelle ne peut être que le lien de parenté (26).

Ainsi, bien que la proclamation de la filiation soit toujours interdite, l'enfant peut cependant obtenir parfois des aliments. Mais cet octroi n'est bien évidemment qu'un pis-aller. L'abolition du principe posé dans l'article 340 fut obtenue le 16 novembre 1912 (27).

Mais il était difficile de passer d'une prohibition quasi absolue à une liberté complète. C'est pourquoi on n'autorisa l'action qu'en

(22) Alors que cette idée n'explique pas la position du droit révolutionnaire puisqu'il avait consacré l'égalité entre enfants légitimes et enfants naturels. La solution des révolutionnaires s'explique par l'importance donnée à la liberté : la reconnaissance est une manifestation de la puissance de la volonté.

(23) Req., 4 mars 1845, D. 45.1.177. *Contra*, avant cette date, Cass. civ. 26 mars 1806, S. an VIII-1808, p. 228 ; Cass. Req., 10 mars 1808, Journal des audiences de la Cour de Cassation, 1808, p. 156.

(24) Cass. Req., 17 juill. 1911, S. 11.1.440, G.P., 11.2.224.

(25) Cass. civ. 15 janv. 1873, D. 73.1.180, S. 73.1.29 ; Cass. civ. 3 avr. 1882, D. 82.1.250, S. 82.1.404.

(26) Les formules les plus claires sont employées par les magistrats : « le demandeur n'a jamais songé à contester que... M. G... ne fût sa fille », Cass. Req., 20 avr. 1912, S. 13.1.214. « Laurillard n'a jamais songé à dénier sa paternité », Dijon, 20 juill. 1904, D. 07.2.121.

(27) L'immense majorité des pays étrangers avaient déjà admis plus ou moins largement qu'une paternité pouvait être proclamée en justice. LHOSPIED, « Etude sur la recherche de paternité en droit comparé », 1914, pp. 65 à 82.

l'assortissant de certaines précautions destinées à éviter une multiplication des demandes inconsidérées (28). Actuellement, une paternité ne peut être déclarée en justice que si l'enfant établit d'abord que sa demande entre dans le cadre de l'un des cas d'ouverture de l'article 340.

On peut d'ailleurs hésiter sur les raisons qui ont fait instituer ces cas d'ouverture : désir d'écarter les demandes abusives, c'est-à-dire en définitive souci de vérité ? Oui peut-être, mais aussi survivance d'une certaine réticence devant l'action en recherche de paternité naturelle : il n'est pas douteux que dans certains cas le souci de la vérité n'est pas dominant dans le texte ; ainsi en est-il lorsque l'article 340 exige un concubinage « notoire » ou encore une séduction nécessairement antérieure aux premières relations.

Nous essayerons d'expliquer dans un premier chapitre comment la jurisprudence, animée par un souci de vérité, a essayé d'élargir les conditions de recevabilité de l'article 340.

Si le défendeur a de bonnes raisons de croire qu'il n'est pas le père de l'enfant, il peut essayer tout d'abord de prouver que les conditions de recevabilité invoquées par la mère ne sont pas remplies. Mais il dispose aussi d'un moyen beaucoup plus énergique : un certain nombre de faits ont été érigés par le Code en fins de non-recevoir. Si une de ces conditions est remplie, l'action d'emblée sera irrecevable. Les fins de non-recevoir seront parfaitement au service de la vérité si elles excluent absolument toute possibilité d'un lien de filiation. Nous envisagerons cette question dans un second chapitre.

Enfin, la déclaration judiciaire de paternité n'obéit pas du point de vue procédural aux règles du droit commun. Le régime particulier qui a été aménagé déroge non seulement à la réglementation générale sur les actions en justice, mais aussi à celle concernant les actions d'état. Pourquoi ces modifications ? Quelles seront leurs conséquences sur les chances de manifestation de la vérité ? Cette étude fera l'objet d'un troisième chapitre.

(28) Aujourd'hui encore, une proportion importante d'actions est rejetée. En 1962, par exemple, sur 500 demandes fondées sur l'article 340, 316 seulement ont été admises. 36,8 % des demandeurs ont donc été déboutés. Le chiffre même des demandes est pourtant déjà peu élevé. Sur 50.000 enfants naissant chaque année, M. CARBONNIER (Cours à la Faculté de Droit de Paris sur la sociologie du droit de la famille, p. 177) estime à 30.000 le nombre approximatif des « enfants naturels qui seraient dans les conditions pour intenter l'action de l'article 340 du Code civil ».

De plus, ce chiffre de 500 n'a cessé de décroître depuis 1962 : 488 en 1963, 475 en 1964, 424 en 1965.

CHAPITRE PREMIER

L'élargissement par les tribunaux des cas d'ouverture de l'action.

La preuve de la paternité ne peut actuellement résulter que d'un ensemble de présomptions. Au premier rang d'entre elles figure l'existence de relations intimes à l'époque de la conception. Mais l'importance donnée à cet indice peut être plus ou moins grande.

On pourrait fort bien concevoir qu'il fasse preuve, à lui seul, de la paternité. Il serait une condition de succès de l'action. Le défendeur aurait alors le choix entre combattre la réalité des faits qui lui sont imputés ou bien prouver que malgré les apparences (c'est-à-dire les relations intimes), il ne peut être à l'origine de la grossesse. Nous croyons que cette solution serait la plus conforme à la vérité du moment que les moyens de défense du père prétendu seraient libres.

Dans un second système, les relations sexuelles seraient seulement une condition de recevabilité de l'action. Pour en assurer le succès, le demandeur devrait encore apporter d'autres éléments venant confirmer cette première présomption de paternité (par exemple les résultats d'une analyse morphologique).

Le Droit français s'apparente à ce second système en ce sens que les rapports physiques des deux amants ne suffiront jamais à faire proclamer la filiation. Il en diffère cependant car il n'admet devant le prétoire que des fréquentations « qualifiées » « caractérisées ». La solution du Code civil est donc plus rigoureuse. Les preuves complémentaires de paternité ne peuvent être proposées que si les relations ont été accompagnées de certaines circonstances soigneusement précisées qui, théoriquement du moins, sont de nature à rendre plus vraisemblable la paternité de l'amant : il en sera ainsi lorsque les

rapports n'ont pu se nouer qu'en raison d'une contrainte physique (viol) ou morale (séduction) exercée sur la jeune fille, ou lorsqu'ils se sont poursuivis de manière stable pendant assez longtemps.

On aperçoit bien vite les inconvénients de ce système pour la recherche de la vérité : certaines de ces circonstances, la séduction par exemple, ne confèrent à la paternité aucun caractère supplémentaire de vraisemblance ; quant aux autres, nous pensons au concubinage notoire, elles sont d'une exigence « draconienne » et dépassent le but qui devrait être celui d'une simple condition de *recevabilité* de l'action.

Le souci d'éviter des actions intempestives a pour contrepartie le risque de laisser parfois dans l'ombre la vérité. Nous verrons que la jurisprudence, sensible à ce risque, a essayé de l'éviter, autant que le lui permettaient les textes.

Les deux autres conditions qui ouvrent encore à l'enfant l'accès des tribunaux nécessitent bien entendu elles aussi l'existence d'un rapprochement intime, mais ce rapprochement n'est pas exigé à titre de condition de recevabilité. L'accent est mis sur le comportement du père après le début de la grossesse de la femme. C'est la manifestation de la croyance du défendeur en sa paternité qui constitue un indice important de la réalité de la filiation.

L'aveu de paternité et la participation à l'entretien de l'enfant sont, on le sait, deux conditions de recevabilité de l'action en recherche de paternité naturelle.

Mais le législateur de 1912 a redouté que ces cas d'ouverture, si on n'en précisait pas davantage la teneur, ne donnent lieu à des abus. Ne risquerait-on pas de voir un homme traduit devant les tribunaux sur la base d'un soi-disant aveu de paternité reposant sur des paroles ou des écrits ambigus ? De même, s'intéresser à l'enfant d'une jeune fille peut s'expliquer uniquement par l'intérêt ou la pitié que l'on porte à la mère.

Aussi convient-il d'exiger que des circonstances particulières rendant encore plus probable la paternité, accompagnent l'aveu ou l'entretien de l'enfant. La question pour nous sera de savoir si ces circonstances favorisent la manifestation de la vérité ou seulement l'irresponsabilité du défendeur.

Parmi les cinq cas d'ouverture de l'article 340, nous n'accorderons que de brefs développements à l'un d'entre eux : le viol, car si cette hypothèse est fréquemment soumise aux tribunaux ainsi qu'en témoignent les statistiques du ministère de la justice (1), les recueils de

(1) En 1958, 152 actions en recherche de paternité naturelle fondée sur le viol furent accueillies. Venaient ensuite l'aveu (113 cas), la séduction (82 cas), le concubinage (53 cas) et enfin la participation à l'entretien (30 cas). (De plus,

jurisprudence ne nous en offrent qu'une seule application depuis 1912 (2).

L'enlèvement de la jeune fille à une époque correspondant à celle de la conception de l'enfant était le seul motif qui pouvait être invoqué en 1804 à l'appui d'une recherche de paternité naturelle. L'attribution de paternité était autorisée essentiellement parce qu'elle constituait une sanction supplémentaire à l'encontre du criminel. Cette idée ressort nettement des travaux préparatoires du Code civil (3). A tel point même que certains membres du Conseil d'Etat auraient préféré retirer tout pouvoir d'appréciation au tribunal (4). Mais au nom de la vérité on préféra rendre cette exception facultative. Sinon « le tribunal se trouverait quelquefois obligé de prononcer, contre sa conscience, en déclarant la paternité du ravisseur même lorsqu'il serait d'ailleurs démontré que l'enfant a un autre père (5) ».

La loi de 1912 reprit cette exception à l'ancien principe prohibitif, et dans un souci de vérité assimila le viol à l'enlèvement (6).

Le viol qui ouvre l'action en recherche de paternité naturelle est en même temps une infraction réprimée par le Code pénal (art. 332). Les éléments constitutifs sont identiques — conjonction sexuelle et absence de consentement de la femme (7) —, sauf l'intention criminelle. Il n'est pas nécessaire que les tribunaux répressifs aient

177 actions furent rejetées, mais on ignore leur ventilation en fonction des 5 cas prévus à l'article 340.) En 1959 et en 1960, la prééminence du viol s'est maintenue. En 1961, cette condition d'ouverture n'est plus aussi souvent invoquée, tout en gardant néanmoins la seconde place (78 actions pour viol, 87 pour aveu de paternité). En 1962 se manifeste une régression surprenante : 3 fois seulement (sur 500 décisions intervenues), les tribunaux ont eu à connaître cette condition de recevabilité (sur le plan répressif, aucun bouleversement de cet ordre n'a eu lieu). Des chiffres analogues sont fournis pour 1962, 1963 et 1964.

Mais les chiffres élevés de 1957 à 1959 seraient dus à une erreur ! (Sociologie juridique - Directions de recherche, 1963-1964, M. CARBONNIER, p. 103).

(2) Cass. civ., 6 nov. 1961, D. 61.733, note HOLLEAUX. Quelques exemples peuvent être relevés entre 1804 et 1912.

(3) « La peine de l'enlèvement sera la recherche de la paternité » (Portalis, cité par LOCRE, « La législation de la France », t. VI, p. 184) qui constitue « un châtement (infligé) au coupable » (DUVEYRIER, *op. cit.*, p. 322). « On se portera moins facilement à ce genre de crime et on en subira la peine la plus naturelle, si on peut appeler ainsi l'accomplissement des devoirs d'un père » (BIGOT de PRÉAMENEU, *op. cit.*, p. 214).

(4) « La déclaration de paternité est ici la suite nécessaire et la peine de l'enlèvement » (TREILHARD, *op. cit.*, p. 184).

(5) REGNAUD, *op. cit.*, p. 185.

(6) « La présomption de paternité qui résulte du viol est, en effet, tout au moins aussi forte que celle qui s'appuie sur l'enlèvement », disait le rapporteur. Compte rendu des débats, D. 1920.4.118. 2^e colonne.

(7) Cass. civ., 6 nov. 1961, précit. : la jeune fille était une arriérée mentale.

constaté l'infraction, ou même en aient été saisis, pour que les tribunaux judiciaires puissent statuer (8).

Le Code civil ne prend en considération l'enlèvement ou le viol que s'il se situe à l'époque de la conception. Celle-ci se détermine par référence à l'article 312 C. civ. Au cours des débats parlementaires, un contre-projet avait été déposé, visant à fixer par expertise médicale la date de la conception. Elle « sera déterminée par deux médecins qui, après avoir reçu la déclaration de grossesse, examineront ensemble la mère, puis l'enfant à sa naissance ». Mais ce projet fut retiré par son auteur après avoir été critiqué par M. Guillier (9), qui craignait de voir ce système s'étendre à la filiation légitime.

Sur le plan des principes, cette innovation aurait été importante, mais dans la pratique, n'aurait-elle pas été assez souvent superflue ? Si les magistrats constatent que la date des relations ne coïncide pas avec celle où, vraisemblablement, l'enfant a été conçu, rien ne les empêche alors d'ordonner une expertise obstétricale, dans l'intérêt de la vérité. Mais recourir systématiquement à une mesure d'instruction de cet ordre aurait alourdi la procédure, et risqué, peut-être, d'encombrer inutilement les cabinets des experts.

Actuellement, l'enlèvement ou le viol à l'origine d'une grossesse semblent devoir entraîner assez facilement une déclaration de paternité. La vérité sera imposée sans difficulté majeure lorsqu'à la preuve des relations sexuelles s'ajoute celle de la contrainte physique qui les a accompagnées. Mais cette contrainte peut aussi être d'un autre ordre : par des pressions morales, un homme peut amener une jeune fille à se donner à lui. Certes, le consentement de la mère existera, mais il n'aura pas été libre. On a estimé en 1912 que cette attitude de l'amant devait pouvoir entraîner une déclaration de paternité. Les problèmes soulevés alors sont toutefois plus délicats.

(8) Ce point résulte avec certitude des travaux préparatoires (D. 1920.4.118). La proposition de loi initiale subordonnait l'article 340 à un viol « régulièrement » constaté. On comprend d'ailleurs cette position puisque la déclaration de paternité était surtout conçue comme une sanction du crime. Mais cette exigence disparut lors de la discussion au Sénat. Cette suppression doit être approuvée, sinon la vérité n'aurait pu se manifester chaque fois, notamment (hypothèse assez fréquente) que les faits auraient été disqualifiés.

(9) D. 1920.4.116, 3^e colonne, et 118, 3^e colonne.

SECTION I

LA CONCEPTION LARGE DE LA SEDUCTION

« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée... 2° dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles. »

La paternité ne sera déclarée que si la jeune fille apparaît comme une victime de son séducteur : elle a été trompée par des artifices et des moyens moralement reprehensibles. Curieuse conception qui voit dans la déclaration de paternité non pas un moyen de consacrer juridiquement un état de fait, mais un moyen de sanctionner la déloyauté du procédé employé par le séducteur pour parvenir à ses fins. On pourrait dire que le législateur de 1912 a créé ce cas de recherche de paternité naturelle non pas parce qu'il estimait injuste l'impossibilité juridique pour un enfant de faire établir sa filiation, mais parce qu'il estimait insuffisant pour l'auteur de la séduction, le seul versement de dommages-intérêts. La recherche de la vérité apparaît comme un moyen, plutôt que comme un but.

Il faut bien voir en effet le lien historique entre l'action en responsabilité civile qui existait avant la loi de 1912 et l'actuel article 340, 2° alinéa (10). Lorsque la recherche de paternité naturelle était interdite, les filles séduites demandaient souvent au tribunal la réparation du préjudice que la faute de leur amant leur avait causée. Et pour le calcul de ces dommages-intérêts, les tribunaux tenaient compte de la charge que représentait l'enfant (11). Le législateur de 1912 a repris, comme cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle, les solutions élaborées par les tribunaux sur le fondement de l'action en responsabilité délictuelle.

Cependant une évolution s'est manifestée dans la jurisprudence : elle aboutit à dissocier les conditions d'application de ces deux actions, au demeurant non exclusives l'une de l'autre.

L'élément essentiel pour l'obtention des dommages-intérêts est la faute du séducteur. L'élément essentiel pour la recherche de paternité naturelle est le lien de causalité entre la séduction, qui n'est pas nécessairement un fait dolosif, et l'établissement des premières relations.

(10) Voir sur ce point : HOLLEAUX, note au D. 60.354.

(11) Cass. civ., 24 mars 1845, S. 45.1.139 ; Cass. Req., 17 juill. 1911, D. 15.1.52, S. 11.1440, particulièrement net : le montant de la réparation variait avec l'âge de l'enfant.

Actuellement, la mère qui intente une action sur la base de l'article 340-2° doit prouver la séduction, l'existence de relations sexuelles à l'époque de la conception et le lien de causalité entre ces deux faits. Dans ces conditions, le juge est autorisé à déclarer le défendeur père de l'enfant. Néanmoins il n'est jamais tenu de le faire car la demande peut, malgré tout, lui sembler mal fondée (12).

Le souci de la vérité s'est manifesté dans le libéralisme des tribunaux au sujet de l'existence de la séduction, mais beaucoup moins quant à la relation de causalité exigée entre la séduction et les relations.

§ 1. — Eléments constitutifs et preuve de la séduction.

Le texte de l'article 340 visant la « séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles » a été diversement interprété. Pendant plus de trente ans, les tribunaux mettaient en relief l'expression « manœuvres dolosives », celles-ci pouvant prendre la forme d'un abus d'autorité, d'une promesse de mariage, etc... (13). En fait l'abus d'autorité était rarement invoqué (14). Sans doute faut-il en rechercher la raison dans la difficulté d'apporter sur ce point le commencement de preuve par écrit qui a été longtemps exigé par la loi (15).

Les tribunaux statuaient toujours sur des promesses de mariage non tenues.

Ils ont longtemps relevé le caractère fictif de l'engagement ainsi pris : « Meister a séduit la demoiselle Gros à l'aide de manœuvres dolosives tendant à faire naître chez elle l'espérance d'un mariage qu'il n'avait pas l'intention de réaliser » (16).

(12) Cass. civ., 8 juillet 1957. Bull. Cass., 57.248.

(13) V. par exemple : Cass. Req., 2 juill. 1917, G.P., 16-17.864 : « L'énumération de ces moyens frauduleux, donnée à titre d'indication, ne limite aucunement le pouvoir souverain laissé au juge de déterminer les actes constituant, sous quelque forme qu'ils se présentent, la "manœuvre dolosive" ».

(14) V. cependant Cass. Req., 1^{er} févr. 1921, S. 21.1.213 ; Paris. 28 août 1925, D.H., 25.415.

(15) En ce sens : ROUAST, J.C.P., 1956.1.1269 : « Les réformes réalisées en faveur des enfants illégitimes par la loi du 15 juillet 1955 », et J.C.P., 1956.9064. Travaux préparatoires de la loi du 16 nov. 1912, S. 1913-15.436, 2^e col. : « La commission du Sénat voulait n'exiger le commencement de preuve par écrit que pour les promesses de mariage. Le texte actuel résulte d'un amendement de M. Girard qui fut ainsi critiqué par M. Guillier : « c'est rayer de la loi le cas de séduction réalisée à l'aide de manœuvres ou d'abus d'autorité ; c'est exiger une preuve impossible à rapporter. »

Jurisprudence postérieure à la loi de 1955 : Cass. civ. 5 nov. 1957, Bull. Cass., 57, n° 420 ; Cass. civ. 18 mars 1958, Bull. Cass., 58, n° 156 ; Cass. civ., 23 févr. 1960, D. 60.354.

(16) Cass. Req., 5 juill. 1917, précité ; dans le même sens : Rennes, 2 févr. 1925, G.P., 25.2.27.

Puis ils admirent que le projet d'une union ultérieure, fait en toute bonne foi, pouvait utilement être invoqué par la mère dès lors que le jeune homme, sans motif légitime, avait finalement décidé de ne pas y donner suite. Les fiançailles n'ont été rompues que « sous le prétexte de questions d'intérêt et sans jamais avoir critiqué la conduite de sa fiancée » (17).

Enfin l'exigence d'une faute dans la conclusion ou la rupture des fiançailles a été progressivement abandonnée; les décisions n'y font plus allusion. On estime inutile de rechercher à qui incombe l'initiative de la promesse de mariage (18). L'évolution est achevée avec un arrêt de la Cour de cassation de 1964 (19) : s'agissant d'une séduction par promesse de mariage « la Cour d'appel n'avait pas à rechercher si la séduction invoquée s'était ... accompagnée de manœuvres dolosives ». La séduction ouvrira à la mère l'accès des tribunaux même si le jeune homme a finalement renoncé à son projet parce qu'il n'éprouvait pas à l'égard de la jeune fille des sentiments suffisamment forts, ou parce qu'il ne voulait pas passer outre au refus de ses parents (20).

Cette évolution jurisprudentielle, favorable à la vérité puisque la demanderesse voit ainsi sa preuve allégée, a précédé une modification législative inspirée d'un souci identique. Jusqu'en 1955 en effet, la preuve de la séduction n'était pas libre. Un commencement de preuve par écrit était indispensable. La crainte des actions intempestives avait fait passer au second plan le risque, au moins aussi grave, de la ruse du véritable père.

Mais la jurisprudence ressentait bien ce qu'il y avait d'injustifiable dans cette exigence. Aussi s'était-elle efforcée de l'assouplir considérablement. Le commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable la seule promesse de mariage, et non pas, en plus, les relations sexuelles (21). Il peut être antérieur (22) ou postérieur (23) à la séduction et s'il n'est pas à lui seul suffisamment explicite

(17) Cass. Req., 9 déc. 1930, G.P., 31.1.122 ; dans le même sens : Cass. Req., 25 mai 1944, G.P. 44.2.82.

(18) Cass. civ., 1^{er} déc. 1954, D. 55.253.

(19) Civ., 22 juill. 1964, Bull. Cass., 64.320.

(20) Le rapporteur de la loi de 1912, M. Guillier, semblait bien déjà distinguer manœuvres dolosives et promesse de mariage. D. 1920.4.119, 2^e et 3^e colonnes. *Contra* : R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 19.

(21) Cass. civ., 25 oct. 1932, G.P., 32.2.901 ; Cass. civ., 4 janv. 1937, G.P., 37.1.338 ; *contra* : Colmar, 1^{er} mars 1927, G.P., 27.1.680.

(22) Cass. Req., 19 déc. 1923, D.H., 24.89.

(23) Cass. civ., 29 juin 1933, D.H., 33.474, G.P., 33.2.563. Dans le projet de loi initial, l'époque de la séduction devait se rapporter à celle de la conception. Mais cette condition fut supprimée en seconde lecture par le Sénat, D. 1920.4.119, 1^{re} colonne.

rien n'empêche de l'interpréter à l'aide d'éléments extérieurs (24). Il résultera de l'analyse d'une correspondance, de la publication du mariage (25) ou même de l'engagement de payer une certaine somme aux parents de la mère (26).

Le point qui a soulevé le plus de difficultés fut celui de la possibilité d'un recours, afin de pallier l'absence de commencement de preuve par écrit, à une comparution personnelle des parties, un interrogatoire sur faits et articles, ou une mesure d'instruction. Le problème en effet est de savoir si cet écrit doit préexister aux débats ou s'il suffit qu'il apparaisse au moment de la décision.

Une défiance plus ou moins grande envers les témoignages, un souci plus ou moins vif de la vérité, orientera le choix car on peut faire valoir des arguments valables en faveur des deux points de vue. Si l'on pense que tout doit être mis en œuvre pour éviter des actions téméraires, on considérera le commencement de preuve par écrit comme une condition de recevabilité.

Si le risque le plus grave semble résider dans l'habileté des défenseurs, on préférera exiger seulement l'écrit au moment de la sentence.

Pour parvenir plus sûrement à la découverte de la vérité, il faut prendre le risque d'admettre une action qui, au départ, ne se présente peut-être pas pour la mère sous les auspices les plus favorables, quitte, par conséquent, à imposer au défendeur une procédure désagréable. Il est inique de débouter d'emblée la demanderesse sous prétexte qu'elle ne dispose pas d'une lettre compromettante pour son amant, car l'écrit quelle que soit la valeur qu'on lui attribue n'est tout de même pas le seul élément rendant vraisemblable une paternité.

Le rapporteur de la loi de 1912, M. Guillier, avait d'ailleurs précisé : « Est-il besoin d'ajouter que les termes " commencement de preuve par écrit " sont extrêmement larges? Qu'ils ne s'appliquent pas seulement à l'écrit matériellement tracé par la plume du défendeur, mais encore à ses réponses consignées, soit dans un interrogatoire sur faits et articles, soit dans un procès-verbal de comparution personnelle, soit dans le dossier d'une instruction criminelle » (27). C'est en ce sens que s'est finalement prononcée la jurisprudence (28)

(24) Nancy, 15 oct. 1926, G.P., 27.1.180 ; Cass. civ., 8 juill. 1957, Bull. Cass., 57.248.

(25) Cass. civ., 3 juill. 1944, G.P., 44.2.121 ; Cass. civ. 1^{re} déc. 1954, D. 55.253.

(26) Cass. civ., 22 oct. 1935, G.P., 35.2.795.

(27) D. 1922.4.119, 3^e colonne. Même opinion chez le Garde des Sceaux, S. 1911.15, Lois annotées, p. 437, 3^e colonne.

(28) Cass. civ., 20 juill. 1931, D. 32.1.73, note R. SAVATIER ; Cass. civ., 27 déc. 1938, G.P., 39.1.347 ; Cass. civ., 7 févr. 1950, S. 50.1.189 ; Cass. civ., 23 févr. 1960, D. 60.364.

après quelques hésitations (29). Un refus de comparaître ou de répondre (30), une attitude embarrassée ou mensongère (31) pourront constituer le commencement de preuve recherché.

Ces efforts jurisprudentiels ont ouvert la voie au législateur. La loi du 15 juillet 1955 est apparue alors comme la continuation d'une évolution. Désormais, la mère établira librement la promesse de mariage ou l'abus d'autorité (32). Mais pour assurer le succès de son action, elle doit encore prouver que cette séduction a été la cause déterminante des relations. Cette exigence risque de limiter davantage la manifestation de la vérité.

§ 2. — La séduction : cause déterminante des relations.

La date à laquelle se situent les relations revêt une très grande importance pour deux raisons :

D'une part des rapports intervenant en dehors de la période légale de conception ne seraient pas retenus. Toutefois, l'article 340 2^e alinéa n'a pas formulé cette exigence; elle subordonne seulement *en fait* le succès de l'action. Les magistrats jouissant de la plus grande liberté d'appréciation, s'attacheront à rechercher si ces relations coïncident avec le moment où l'enfant a été probablement conçu.

D'autre part et surtout, ces relations doivent avoir été la conséquence de la séduction, ce qui implique qu'elles se situent avant cette séduction et qu'elles aient été déterminées par elle.

On ne concevrait donc pas qu'elles aient eu lieu pour la première fois avant que le jeune homme ait réussi à persuader la jeune fille de leur mariage ultérieur (33) ou même que ces promesses aient eu pour seul effet la continuation d'une liaison préexistante (34). Les tribunaux se montrent sur ce point particulièrement stricts.

(29) Dijon, 17 oct. 1929, G.P., 29.2.782 ; Trib. civ. St-Dié, 20 nov. 1931, G.P., 32.1.341 ; Caen, 20 avr. 1932, G.P., 32.2.144 ; Angers, 30 nov. 1937, G.P., 33.1.271.

(30) Cass. civ., 7 févr. 1950, précité. Cette solution s'appuie sur l'art. 336 C. pr. civ. (loi du 23 mai 1942) : « Si l'une des parties ne comparaît pas, ou comparaisant refuse de répondre, le tribunal peut en tirer toute conséquence de droit et notamment faire état de l'absence ou du refus de répondre comme équivalant à un commencement de preuve par écrit dans les conditions de l'article 1347 du Code civil. »

(31) Cass. civ., 23 mars 1953, D. 53.335.

(32) L'essentiel est que cette promesse ait bien existé et ne résulte pas seulement des affirmations de la mère. Paris, 11 févr. 1964, J.C.P., 64.13601, note R. B.

(33) Poitiers, 17 déc. 1952, D. 53.243 ; Trib. civ. Lille, 11 oct. 1956, G.P., 57.1.79 ; Cass. civ., 23 févr. 1953, Bull. Cass., 53.62.

(34) Cass. civ., 19 mai 1936, G.P., 36.2.291.

De plus cette antériorité de la séduction, si elle est nécessaire, n'est pas suffisante. La mère doit avoir cédé au défendeur à cause de la promesse de mariage ou de l'abus d'autorité (35) et non en raison d'un entraînement mutuel (36). Peu importe donc que la séduction existe et qu'elle soit antérieure aux relations; si le lien de cause à effet entre ces deux notions n'est pas démontré, la paternité ne devra pas être proclamée.

Cependant la preuve de ce lien de causalité, souverainement apprécié par les juges du fond, est bien difficile à établir. C'est pourquoi, en fait, les magistrats se contentent d'affirmer son existence sans donner d'autres détails; cela nécessiterait d'ailleurs une recherche psychologique fort malaisée. Si la manœuvre, c'est-à-dire généralement la promesse de mariage, est prouvée avant la date des premières relations, le lien de causalité sera déduit (37) surtout si la jeune fille était sérieuse (38).

Cette attitude des tribunaux est donc relativement libérale. Ils auraient pu exiger la preuve rigoureuse de lien de causalité, ne pas la déduire de l'antériorité de la promesse par rapport aux premières relations. Cet élément de la condition de recevabilité tend à devenir surtout formel. La constatation de son existence est certes indispensable et les décisions qui l'omettent doivent être réformées ou cassées (39). Mais on peut penser qu'une rédaction plus habile des motifs aurait souvent permis d'éviter cette issue.

En fait, si une certaine souplesse est ainsi réintroduite dans le fonctionnement de ce second cas d'ouverture, il est vraisemblable qu'elle a pour raison d'être l'excessive rigueur d'un texte qui formule une exigence peu compatible avec la recherche de la vérité. Il est

(35) Cass. Req., 9 déc. 1930, G.P., 31.1.122; Cass. Req., 24 mai 1944, G.P., 44.2.82; Cass. civ., 23 févr. 1953, Bull. Cass., 53.62; Cass. civ., 11 juin 1954, Bull. Cass., 54.157; Cass. civ., 1^{er} déc. 1954, D. 55.253 (très net); Cass. civ., 5 mars 1956, Bull. Cass., 56, n° 108; Cass. civ., 4 janv. 1963, G.P., 63.1.273 (très net).

(36) Cass. civ., 12 juin 1954, Bull. Cass., 54.160.

(37) Cass. civ., 22 oct. 1963, G.P., 64.1.50. La promesse de mariage existait lors des premières relations sexuelles, mais la jeune fille avait reconnu « qu'ils avaient cédé à un entraînement mutuel (sans) penser au mariage à ce moment-là. Les juges du fond ont cependant estimé que les fiançailles pouvaient seules expliquer l'abandon de la jeune fille.

(38) Cass. civ., 17 mars 1964, Bull. Cass., 64.203.

(39) La Cour suprême casse pour ce motif de nombreux arrêts. Exemple : Civ., 10 nov. 1954, G.P., 55.1.26, qui, après avoir relevé « l'absence de doute ou de protestation de Fillonneau sur sa paternité », casse néanmoins la décision des juges du fond « faute d'avoir constaté que Demoiselle Garreau avait consenti auxdites relations en raison de la promesse de mariage faite par Fillonneau ».

V. encore : Cass. civ., 1^{er} déc. 1954, Bull. Cass., 54.290; Cass. civ., 5 mars 1956, Bull. Cass., 56, n° 108; Paris, 15 juin 1956, D. 56.508; Cass. civ., 4 janv. 1963, G.P., 63.1.273; Cass. civ., 13 mai 1964, G.P., 64.2.117.

clair en effet, du point de vue de la vérité, que l'attitude du père désireux un moment d'épouser la jeune fille confirme la vraisemblance de sa paternité quelle que soit l'époque à laquelle il a formé ses projets. En ne retenant le comportement du père (la promesse de mariage) dans le cadre de l'article 340 alinéa 2, que s'il est antérieur à la conception de l'enfant, on écarte du prétoire une situation très fréquente : le projet d'union consécutif à la certitude de la grossesse. Les fiançailles, tout autant que la séduction, rendent probable la paternité.

A vrai dire, étant donné les termes de l'article 340, on ne peut raisonnablement pas l'appliquer à l'hypothèse que nous venons de citer. La séduction était incontestablement accomplie quand le mariage a été promis. Le mariage n'était qu'une conséquence et nullement une cause. Le seul cas dans lequel un élargissement pourrait être envisagé est celui où la perspective du mariage a amené la continuation des relations. La conception de l'enfant est alors en étroite relation avec l'union projetée. Sans cette promesse, l'enfant n'aurait pas été conçu car elle a conditionné les relations dont il est issu. La future mère a bien été attirée, séduite, par les dires de son amant. Nous ne croyons pas que le texte de l'article 340 empêche irrémédiablement d'admettre la notion de « séduction » en cas de continuation des relations.

Lorsque, malgré les fiançailles, la demande de la mère a été repoussée, il lui reste deux moyens pour obtenir satisfaction d'une manière plus ou moins complète.

Si la rupture des fiançailles est la conséquence d'une faute du jeune homme, la mère pourra sur la base de l'article 1382 demander réparation du préjudice qu'elle a ainsi subi. La présence de l'enfant, par les frais qu'il implique, apparaît comme un élément de ce préjudice. La réparation la plus adéquate sera le versement d'une pension alimentaire.

La Cour de cassation a fait application de cette idée en 1963 (40) dans un arrêt fort intéressant car la faute commise par le fiancé résultait non d'une séduction dolosive mais de l'abandon de la future mère dès la naissance de la grossesse. La filiation de fait, donc la vérité, se trouve ainsi directement à la base de l'obligation alimentaire.

La démonstration aurait été encore plus frappante si le défendeur avait invoqué sa non-paternité pour échapper à la condamnation. Le tribunal aurait été contraint, croyons-nous, d'autoriser les moyens de preuve sollicités car ils étaient susceptibles de détruire le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

(40) Civ., 7 juin 1963, D. 64.621, note PRADEL.

C'est la rigueur de la notion de séduction dolosive, condition de recevabilité de l'action d'état, qui a conduit les magistrats à cette solution habile, mais trop limitée dans ses effets (41).

Le second moyen à la disposition de la mère n'est possible que si les relations des amants, établies avec certitude, ne sont pas restées isolées et clandestines. Le concubinage notoire est en effet un autre cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle.

SECTION II

LA DEFINITION EXTENSIVE DU CONCUBINAGE

« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée... 4° dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception. »

L'idée d'un certain parallélisme entre le mariage et le concubinage a inspiré les rédacteurs de la loi de 1912.

L'attitude de la mère et de son amant laisse percevoir la vérité car elle fait présumer les relations intimes et la fidélité de la femme. L'enfant né dans ces conditions est vraisemblablement issu de cette union. Aussi l'existence d'une union libre, affichée comme telle et se situant au moment où l'enfant a été conçu, autorise-t-elle une instance judiciaire (42).

Mais l'évolution de la jurisprudence va se faire dans le sens d'une distinction de plus en plus nette entre le concubinage notoire et les apparences d'une union légitime.

(41) MM. PRADEL et DESBOIS (Rev. trim. dr. civ., 1964.85) considèrent aussi, à juste titre, que cet arrêt s'inscrit en réaction contre l'interdiction faite aux enfants naturels simples de recourir à l'article 342, al. 2 (Cass. civ., 13 janv. 1959, D. 59, note ROUAST, S. 59.48).

(42) Une enquête concernant le concubinage a été menée sous la direction de M. THÉRY (Rev. trim. dr. civ., 1960.33). Les données de base sont essentiellement celles du recensement effectué en 1954 par l'I.N.S.E.E. et portant sur les conditions d'habitation des individus. « Au total, nous trouvons 281.460 foyers irréguliers pour un peu moins de dix millions de couples légitimes. » Toutefois, le concubinage y est entendu dans un sens plus restreint que celui dégagé par la jurisprudence, puisqu'il s'agit du « ménage de fait, impliquant non seulement des relations sexuelles, mais une communauté de vie prolongée ». Mais d'un autre côté, 26 % des concubins sont déjà mariés, ce qui, en cas de survenance d'enfants, empêche toute recherche de paternité naturelle fondée sur l'article 340, 4°.

§ 1. — La souplesse de la notion de concubinage.

L'article 340 ne définit pas ce qu'il faut entendre par le terme « concubinage ». C'est donc à la jurisprudence qu'incomba l'obligation d'en dégager les éléments caractéristiques. Elle l'a fait avec une souplesse remarquable dont les premières manifestations suivirent rapidement la loi de 1912. Nous examinerons sans beaucoup nous y attarder les signes les plus anciens de cette évolution. Un certain nombre de notions dégagées à cette époque sont aujourd'hui définitivement acquises. Nous mettrons davantage l'accent sur les dernières manifestations de cette évolution.

La conception traditionnelle du concubinage est celle d'un état de fait calqué sur le mariage. Les tribunaux furent d'abord enclins à se référer au sens que le langage commun attribue à ce terme : le concubinage est alors une union revêtant les caractéristiques essentielles du mariage et à laquelle manque seulement la consécration légale de l'officier d'état civil. Il est clair que dans une telle conception la tâche du demandeur sera difficile, que la vérité se dérobera bien souvent en raison de la sévérité de cette condition de recevabilité.

Mais la communauté d'habitation n'a jamais été un élément constitutif indispensable du concubinage.

Les rédacteurs de la loi de 1912 avaient expressément écarté le terme de cohabitation, redoutant qu'il ne permette des actions mal fondées, comme celle qui pourrait être intentée par la servante d'un homme célibataire, veuf, ou divorcé (43).

C'est pour une raison inverse que cette notion fut rejetée par la jurisprudence : les situations concrètes se prêtent parfois assez mal à une vie sous le même toit de sorte que l'on aurait pu voir des amants profiter ainsi de ces circonstances pour échapper à leurs responsabilités. En 1912, on s'imaginait que le danger résiderait surtout dans l'audace, le manque de scrupule des demanderesses. Le risque était d'aller à l'encontre de la vérité en proclamant une paternité qui n'existait pas. Petit à petit, on s'est aperçu que le péril était plutôt dans l'autre « camp », dans la lâcheté des défenseurs. Le risque le plus grave devenait de méconnaître la vérité en refusant de proclamer une paternité certaine.

« La loi n'exige pas, déclare la Cour de cassation en 1922, qu'il y ait eu ... communauté d'habitation entre les concubins » (44). Cette

(43) Travaux préparatoires de la loi de 1912, D. 1912.4.121, 2^e colonne.

(44) Cass. civ., 7 févr. 1922, S. 22.1.321, note CASSIN, D. 22.1.35 ; Cass. civ., 4 janv. 1937, S. 37.1.205, G.P., 37.1.338, et toutes les décisions citées dans les notes suivantes.

Contra : Nancy, 3 janv. 1914, G.P., 14.1.135, D. 20.2.89 ; Paris, 15 mars 1916,

solution qui lève un obstacle devant la manifestation de la vérité a été approuvée (45).

Les amants ne jouissent pas toujours d'une liberté complète pour disposer à leur guise de leurs vies. Des considérations sociales interviennent : ils ne tiennent pas à ce que leur liaison soit ébruitée (46). Ils habitent dans un petit village (47), leurs situations sont trop différentes (48). La cohabitation peut aussi être rendue difficile en raison des circonstances familiales (l'un des concubins vit avec ses parents [49] ou a un enfant à charge [50]), ou des conditions de travail, (la crainte du patron [51] ou le logement en caserne [52]). Sans compter l'hypothèse d'une « force majeure », le concubin entretenant un autre ménage irrégulier (53).

Dans tous ces cas, lier le concubinage à la cohabitation aurait entraîné trop facilement la victoire du défendeur.

Mais la jurisprudence ayant ainsi écarté ce critère aisé du « partage du même pot », comment reconnaître désormais le concubinage ? En quoi devra-t-il consister pour correspondre au cas d'ouverture de l'article 340 ?

Pendant longtemps l'accent va être mis sur la fidélité de la femme. On recherchera cette fidélité au travers de la permanence des relations et de la communauté de sentiments ainsi créée. Le concubinage « suppose nécessairement une certaine communauté d'existence permettant de présumer la fidélité de la femme » (54). Le mode de

D. 17.2.118, S. 18.19.30 ; Bordeaux, 20 nov. 1916, D. 20.2.96, S. 18.19.30, cassé par Civ., 7 févr. 1922, précité ; Toulouse, 9 déc. 1925, S. 25.2.118 ; G.P., 25.1.253.

(45) CASSIN, note au S. 22.1.321, sous Cass. civ., 7 févr. 1922 ; ROUAST, note à la Rev. Crit. Lég. jp., 1915-1924, 70.

(46) Ou même connue de leurs amis, Paris, 21 oct. 1935, G.P., 35.2.847.

(47) Cass. Req., 26 févr. 1940, D.H., 40.131, G.P., 40.1.322.

(48) Le jeune homme était lieutenant et la jeune fille vendeuse. Nancy, 28 nov. 1918, G.P., 18-19.541, D. 20.2.89.

(49) Cass. civ., 14 févr. 1939, G.P., 39.1.637, et sur renvoi : Amiens, 25 juill. 1945, G.P., 45.2.118 ; Douai, 12 juin 1951, D. 51.643 ; Nancy, 16 juill. 1952, D. 53.521, J.C.P., 54.7937 ; Cass. civ., 17 déc. 1956, D. 57.71 ; Douai, 18 déc. 1956, G.P., 57.1.392.

(50) Paris, 15 juin 1927, G.P., 27.2.734.

(51) Amiens, 21 déc. 1948, S. 49.2.68 ; Amiens, 3 avr. 1951, G.P., 51.1.333.

(52) Trib. civ. Dijon, 24 nov. 1931, Gaz. Trib., 30 janv. 1932, Tables G.P., 30-35, n° 155-156.

(53) Cass. Req., 9 nov. 1938, D.H., 38.611, G.P., 39.1.17, S. 38.375.

(54) Paris, 9 déc. 1921, G.P., 22.1.200 ; dans le même sens : Trib. civ. Belfort, 23 déc. 1913, D. 14.2.98 ; Paris, 9 nov. 1916, D. 20.2.96 ; Cass. Req., 12 janv. 1921, S. 21.1.199 ; Nîmes, 9 janv. 1922, G.P., 22.1.260 ; Trib. civ. Le Havre, 4 mars 1922, D. 23, somm. 6 ; Nancy, 31 mai 1922, G.P., 22.2.185 ; Trib. civ. Dijon, 29 juin 1925, G.P., 25.2.533 ; Trib. civ. Dijon, 24 nov. 1931, précité ; Trib. civ. Seine, 7 mars 1939, S. 39.2.65 ; Cass. Req., 29 oct. 1946, D. 47.13, G.P., 46.2.266 ; Douai, 18 févr. 1956, G.P., 57.1.392.

vie des concubins doit être, malgré tout, assez proche de celui de deux personnes mariées (55).

On comprend certes l'importance donnée à la fidélité « seule susceptible, dit une cour d'appel, de fonder une présomption sérieuse de paternité » (56). Mais elle sera difficile à établir, car pratiquement, la mère devra fournir une preuve négative.

Qu'apporte à la cause de la vérité cette preuve supplémentaire puisque le défendeur ne manquera pas d'utiliser la première fin de non-recevoir si la jeune fille est soupçonnée d'avoir entretenu au même moment des relations avec un ou plusieurs hommes ? Et même, si la prostitution ou le commerce avec tel individu n'est pas nettement caractérisé, la preuve de la légèreté des mœurs de la jeune fille suffira à justifier le rejet de l'action en vertu du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Mais dans ces deux cas, c'est au père prétendu de démontrer qu'il n'était pas seul à obtenir les faveurs de sa maîtresse, et non à la demanderesse d'établir qu'elle n'avait pas plusieurs amants. L'infidélité est une fin de non-recevoir, la fidélité n'est pas une condition de recevabilité. Le renversement de la charge de la preuve est préjudiciable à la vérité.

Aussi cette position fut-elle heureusement abandonnée à partir de 1939. Un arrêt de la chambre des Requêtes précise qu'« il n'est nullement nécessaire que le concubinage revête les apparences d'une union légitime (57) ». L'évolution est achevée avec un arrêt de la chambre civile de 1961 (58). « En l'état de ces énonciations constatant souverainement l'existence d'un concubinage notoire remplissant toutes les conditions exigées par l'article 340 C. civ., la cour d'appel n'avait pas en outre à s'expliquer spécialement sur la fidélité de la concubine, circonstance qui, si un concubinage caractérisé la fait normalement présumer, n'en constitue pas en revanche un des éléments légaux que les juges soient tenus de constater. »

Le critère auquel on avait songé pour caractériser le concubinage se dérobe une fois encore. Quelle ligne directrice vont adopter les tribunaux ?

(55) Un jugement du tribunal de la Seine du 7 mars 1939 résume assez bien l'état de cette jurisprudence. « Cette situation (le concubinage) caractérisée par la fidélité de la demoiselle Brunet, s'est poursuivie... comme se serait poursuivie celle de deux époux que les nécessités de leurs occupations auraient mis pour un temps dans l'obligation de ne pas continuer à vivre au domicile commun. »

Etablissent encore un rapprochement avec le mariage : Trib. civ. Belfort, 23 déc. 1913, précité ; Paris, 9 nov. 1916, précité ; Poitiers, 30 mars 1936, Tables G.P., 1935-1940, n° 141.

(56) Nîmes, 9 janv. 1922, précité.

(57) Req., 14 févr., 1939, G.P., 39.1.637, formule reprise par la cour de renvoi Amiens, 25 juill. 1945, G.P., 45.2.118.

(58) Civ., 3 mai 1961, Bull. Cass., 61.177.

Tout d'abord un point est certain : envisagé sous l'angle de la filiation, le concubinage nécessite la preuve des relations intimes (59). Elle peut se faire par tous moyens (60) mais ne doit pas laisser place au doute (61).

Mais le problème est de savoir si les rapports sexuels créent, à eux seuls, le concubinage. Ils suffisent à entraîner la grossesse, mais suffisent-ils à entraîner la recevabilité de l'action ? Prenons un exemple extrême : l'action sera-t-elle recevable si la mère établit par témoins l'existence d'un seul rapport sexuel ?

Traditionnellement, la liaison doit être stable et continue (62). Des relations passagères, intermittentes, espacées, seraient insuffisantes. On en comprend fort bien la raison puisque pendant longtemps c'est la communauté durable d'existence, impliquant fidélité de la femme qui était à la base de l'attribution de paternité. La durée de la liaison permettait de juger la fidélité de la femme (63). Maintenant que le parallélisme entre le concubinage et le mariage est beaucoup moins étroit, cette solution va-t-elle persister ? Puisque la liaison n'a plus à revêtir « les apparences d'une union légitime » (64), n'est-il pas contradictoire d'exiger néanmoins sa permanence ? En réalité, la même terminologie va continuer à être usitée, mais le contenu de cette notion va être différent. La stabilité et la permanence des relations ne s'apprécient plus par référence à un modèle idéal, le mariage, mais par opposition à une autre situation : l'aventure accidentelle, nouée par hasard, et sans lendemain (65).

« La continuité, déclare la Cour de cassation en 1960, n'implique pas la fréquence des relations » (66). Aucune durée n'est impérative-

(59) Cass. civ., 22 juin 1935, G.P., 35.2.415 : il faut « que les relations... aient eu sans équivoque le caractère d'intimité sans lequel ne saurait se justifier la présomption de la loi ». Cass. civ., 22 mai 1967, D. 67.581, note MALAURIE ; Cass. civ., 11 juin 1968, D. 68.591.

(60) Cass. civ., 2 juin 1953, Bull. Cass., 53.149.

(61) L'équivoque pourrait naître du fait que la mère était au service du défendeur. Trib. civ. Pontivy, 1^{er} mars 1938, G.P., 38.2.62 ; Cass. Req., 22 oct. 1924, D.H., 24.635.

Sur l'équivoque de la notion de « fréquentation », voir la note de M. MALAURIE au D. 1967.581.

(62) Jurisprudence constante, voir par exemple : Cass. civ., 22 juin 1935, G.P., 35.2.415 ; Cass. civ., 25 mars 1957, Bull. Cass., 57.194.

(63) SAVATIER, « La recherche de paternité », 79 : « Il est clair qu'un engagement de fidélité est fort invraisemblable de la part d'une femme qui n'a avec un amant déterminé, que des relations momentanées. »

(64) Cass. civ., 14 févr. 1939, G.P., 39.1.637.

(65) Cass. civ., 10 janv. 1951, G.P., 51.1.189.

(66) Civ., 16 mars 1960, Bull. Cass., 60.213.

ment fixée. Les juges du fond apprécient souverainement si la liaison a été ou non stable et continue (67).

Peut-elle revêtir ces caractères lorsqu'elle s'est étendue sur une période de dix jours seulement ? (68).

Trois décisions ont été rendues sur ce point dans la même affaire entre 1952 et 1956. Une employée de pharmacie avait été séduite par le fils de son patron qui avait mis à profit une brève absence de ses parents pour réaliser ses fins. La paternité de l'amant ne faisait guère de doute : la jeune fille avait été jusqu'alors sérieuse, les relations avaient eu lieu vers la mi-mars et l'enfant était né en décembre, l'amant avait essayé de faire avorter la jeune fille et avait été condamné de ce chef par le tribunal correctionnel.

La cour de Nancy (69) donna une solution conforme à la vérité « Attendu qu'il suffit que le concubinage se place dans la période légale de la conception; que le législateur ne s'est pas prononcé sur sa durée; que de son côté la jurisprudence exige seulement qu'il se soit prolongé un temps suffisant pour n'être pas tenu pour un fait isolé et accidentel; que rien ne s'oppose donc à ce que même une période de dix jours soit tenue comme remplissant la condition de durée et de stabilité exigée. »

Mais cet arrêt fut cassé : « ces rapports intimes passagers... ne pouvaient pas présenter, tels qu'ils sont définis par la cour, les caractères de continuité et de stabilité nécessaires pour établir l'état de concubinage exigé par la loi » (70).

Ce coup de frein de la Cour de cassation n'a pas été approuvé par la cour de renvoi. « Il suffit pour qu'il y ait concubinage qu'il n'y ait pas de simples relations sexuelles passagères au moment de la conception, et que les relations aient présenté une *certaine continuité* » (71).

Cette résistance des juridictions inférieures n'est peut-être pas étrangère au fait que la Cour de cassation ne persista pas dans sa doctrine. Trois mois après l'arrêt que nous avons analysé, elle rejeta

(67) Cass. Req., 10 nov. 1924, D.P., 25.1.125, D.H., 24.717, S. 24.125. La jurisprudence est sur ce point constante (par exemple : Cass. civ., 3 mai 1961, Bull. 61.177) à l'exception de Cass. civ., 1^{er} déc. 1954, D. 55.413.

Des relations intimes une fois par semaine suffisent à caractériser le concubinage (Paris, 19 oct. 1965, D. 66, somm. 49).

(68) En 1916, une cohabitation de six semaines n'avait pas été considérée comme suffisamment révélatrice. Paris, 9 nov. 1916, D. 20.296.

(69) Nancy, 16 juill. 1952, D. 53.521, J.C.P., 54.7937.

(70) Cass. civ. 1^{er} déc. 1954, D. 55.413. Nous avons signalé *supra* cet arrêt, exception au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

(71) Dijon, 6 mars 1956, D. 56.458. C'est nous qui soulignons l'expression « une certaine continuité ». Cette formule figurait déjà dans un arrêt de la chambre des requêtes du 29 oct. 1946, D. 47.13, G.P., 46.2.266.

le pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait admis un concubinage n'ayant duré, lui aussi, que dix jours (72). Elle relève une constatation des juges du fond, très importante à nos yeux. « Il n'est pas inutile d'observer qu'il (le concubinage) a eu lieu à l'époque même où il apparaît en fait qu'a été conçu l'enfant, né huit mois et demi plus tard, un peu avant terme, à la suite d'une intervention qui, ainsi que cela a été médicalement établi, a avancé d'une quinzaine de jour la naissance. »

La première allusion à la date réelle de la conception semble remonter à 1924 (73). Mais c'est surtout depuis une dizaine d'années que de nombreuses décisions notent soigneusement cette précision (74). Elle acquiert d'autant plus d'importance que la jurisprudence admet désormais des liaisons brèves (75).

Les progrès de la science médicale quant à la détermination de la date effective de la conception, permettent, sans nuire à la vérité, de se contenter de la preuve des relations au moment où celles-ci ont effectivement entraîné la grossesse.

Actuellement donc, des rapprochements sexuels constitueront un concubinage au sens de l'article 340 4° du Code civil dès lors que sans être restés isolés, accidentels, ils correspondent à la date de la conception de l'enfant.

Nous approuvons ces solutions hardies. Que les relations intimes, certaines, avouées, aient été précédées ou suivies de beaucoup d'autres, ne change rien à la vraisemblance de la paternité. Désormais, en abandonnant une femme dont la grossesse a rapidement suivi le début des relations, un homme ne peut plus se soustraire aux responsabilités de sa paternité. Si le juge redoute que plusieurs aventures éparses n'aient été menées de front par la mère, dans l'intérêt de la vérité, il la débouterait de son action.

(72) Cass. civ., 1^{er} mars 1955, Bull. Cass., 55.86. Pour un concubinage de trois semaines, voir Cass. civ., 24 mars 1958, D. 58.567, affaire Budzig-Schmidt.

(73) Cass. Req., 10 nov. 1924, précité.

(74) Cass. civ., 29 mars 1957, Bull. Cass. 57.202 ; Cass. civ., 22 juill. 1958, D. 58.567, 2^e espèce ; Paris, 9 avril, 1959, J.C.P., 59.111.19, cf. DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1959.93 : « C'est cette investigation qui paraît jouer le rôle le plus important » ; Cass. civ., 19 oct. 1965, Bull. Cass., 65.419 (les juges du fond ont établi que « dès la date probable de la conception... des relations fréquentes et régulières se sont nouées... »).

(75) Il a toujours été admis que le concubinage pouvait ne pas être maintenu pendant toute la période légale de conception. Cass. Req., 21 déc. 1920, D. 21.1.55, S. 21.1.84 ; Trib. civ. Tunis, 10 mars 1914, G.P., 14.1.617 ; Amiens, 3 avr. 1951, G.P., 51.1.333 ; Cass. civ., 22 oct. 1963, G.P., 64.1.50, J.C.P., 63, somm. 162. Il est bien évident, de plus, que l'on ne pourrait retenir un concubinage qui se serait déroulé complètement en dehors de ce laps de temps. Cass. civ., 15 fév. 1965, Bull. Cass. 65.94 ; Cass. civ., 11 juin 1968, D. 68.591.

Le Code en laissant aux tribunaux le soin de déterminer les éléments constitutifs du concubinage n'avait sans doute pas imaginé à quelles solutions libérales aboutirait la recherche de la vérité par les juges. Il est vrai que mû par la crainte des actions téméraires, il avait voulu que seul un concubinage notoire permit une recherche de paternité naturelle. La publicité du concubinage était une garantie supplémentaire contre l'audace de certaines mères.

§ 2. — La souplesse dans l'exigence de la notoriété du concubinage.

Cette condition a largement contribué à donner sa physionomie générale au cas d'ouverture de l'article 340 4°. La Cour de cassation déclarait en 1940 : « Le concubinage doit avoir été notoire... ce qui implique la continuité, la stabilité et la publicité des relations » (76). Des rapports isolés semblaient incompatibles, moins avec la notion de concubinage, qu'avec celle de concubinage notoire.

Ces différentes exigences sont maintenant mieux séparées : les relations doivent avoir été « continues, stables, et *en outre* (77) connues de leur entourage » (78), dira la Cour de cassation en 1958.

La notoriété n'étant plus l'élément central de la condition de recevabilité, on peut espérer un assouplissement de cette notion. S'il est prouvé par ailleurs que la liaison n'a pas été voulue comme une aventure éphémère, la vraisemblance de paternité pourra être suffisamment forte pour que l'on envisage avec moins de rigueur la publicité qui lui a été donnée.

Cette exigence est-elle d'ailleurs bien un gage nécessaire de la paternité du défendeur ? « La notoriété ou la clandestinité ne modifie pas les chances de paternité de l'amant » diront MM. Mazeaud (79). Nous avons déjà souligné les nombreuses raisons qui peuvent s'opposer à la cohabitation des amants. Ces raisons sont tout aussi valables ici. Seul devrait importer le fait physiologique.

Quoi qu'il en soit, étant donné les termes employés par l'article 340, on ne pourrait admettre une action lorsque la seule preuve des relations stables et continues est issue d'une correspondance entre

(76) Req., 26 fév. 1940, G.P., 40.1.322, D.H., 40.131, et aussi Cass. Req., 29 oct. 1946, D. 47.13, G.P., 46.2.266.

(77) C'est nous qui soulignons.

(78) Civ., 24 mars 1958, D. 58.567, affaire Budzig-Schmidt.

(79) T.I., 2° vol., n° 967, 5°. En ce sens encore : LHOSPIED, *op. cit.*, p. 222 ; WAHL, « La recherche de paternité d'après la loi du 16 novembre 1912 », Rev. trim. dr. civ., 1913.40 : « Plus... la vie commune est discrète et reste ignorée, plus il est à supposer que la femme a gardé vis-à-vis de son concubin la fidélité qui seule peut justifier l'attribution de paternité. »

les parties ou d'un aveu du défendeur. L'intervention des tiers s'avère indispensable. Un concubinage clandestin, voulu comme tel, ne peut être retenu. Si « quelques rares curieux ont pu s'en rendre compte... par subterfuge ou par hasard (80) » ces témoignages ne pourront être admis. Il importe donc d'examiner si les amants ont pris des précautions particulières pour garder le secret de leur intimité. La notoriété pourra résulter de la vie commune, du partage du même lit au vu d'une compagne de chambre (81) ou au su de l'hôtelier (82), des déclarations orales de paternité du défendeur (83) ou même d'attitudes plus ambiguës, telles que marques d'affection renouvelées (84), mais dont la prise en considération est d'autant plus significative de la tendance des tribunaux à proclamer la vérité.

Ces indices toutefois doivent se situer pendant la période légale de la conception (85) et être connus d'un certain nombre de personnes. C'est sur ce point que va se manifester l'évolution la plus nettement favorable à la vérité.

Certaines décisions sévères imposaient que « l'entourage des concubins, les parents et même le public (aient) eu connaissance de cette situation (86). Mais cette position extrême est restée isolée, surtout à partir du moment où les deux notions de concubinage et de cohabitation se sont nettement dégagees.

A partir de 1945, il suffit que les concubins n'aient pas voulu dissimuler leur union à leur entourage (87). Et surtout, on fait de la

(80) Douai, 12 juin 1951, D. 51.643. Le jeune homme venait « visiter son amie seulement la nuit, en escaladant la fenêtre de sa chambre au domicile de ses parents à l'aide d'une échelle ». L'action fut rejetée, bien qu'au cours de la période légale, « les deux personnages aient eu des relations sexuelles avec une certaine fréquence ». Dans le même sens : Paris, 21 oct. 1935, G.P., 35.2.847 ; Cass. Req., 26 févr. 1940, D.H., 40.1.322.

(81) Amiens, 3 avr. 1951, G.P., 51.1.33 ; Cass. civ. 9 nov. 1959, Bull. Cass., 59.389.

(82) Douai, 18 déc. 1956, G.P., 57.1.392. Une seule chambre avait été louée à l'hôtel.

(83) Concrétisées par une démarche à la Caisse d'allocations familiales en vue de substituer ses nom et adresse à ceux de la jeune fille. Cass. civ., 17 déc. 1956, D. 57.71, ou rapportées par des témoins ; Chambéry, 3 nov. 1952, D. 53.523, note GIVERDON, J.C.P., 53.7527, note J. SAVATIER, ou suscitées par une comparution personnelle : Paris, 9 avril 1959, J.C.P., 59.111.19.

(84) Nancy, 16 juill. 1952, D. 53.521, J.C.P., 54.7937. Un témoin déclare que les jeunes gens « se recherchaient et [qu'il] les avait trouvés s'embrassant ». Les relations intimes étaient établies par ailleurs.

(85) Cass. civ., 17 déc. 1956, précité, et non par exemple au cours de la grossesse.

(86) Aix, 20 janv. 1932, Gaz. Trib., 20 juin 32, Tables G.P., 30-35, n° 152. V. aussi Nancy, 3 janv. 1914, D. 20.2.89, G.P., 14.1.135 ; Cass. Req., 19 févr. 1930, S. 30.1.232 : la mère était commerçante et sa liaison connue des familiers de la maison seulement.

(87) Amiens, 25 juill. 1945, G.P., 45.2.118 ; *contra* : Chambéry, 11 fév. 1952, D. 52.350.

notoriété une notion contingente. « Elle doit être entendue plus ou moins étroitement selon les milieux et les cas d'espèce » (88). Elle « est fonction du cadre dans lequel se sont passés les faits » (89). Elle varie « avec la situation et la condition des parties en cause » (90). La Cour de cassation a refusé de sanctionner les arrêts reflétant cette position (91) encourageant ainsi la critique d'une partie de la doctrine (92). L'entourage des concubins n'inclut pas nécessairement leurs parents (93). Il pourra se limiter au cercle restreint des camarades de travail (94).

Le témoignage d'une seule personne, résulterait-il des confidences de la mère, pourra emporter la conviction du tribunal (95) si la certitude de la paternité de l'amant est acquise par ailleurs (96).

Telle est bien en effet la préoccupation des juges : s'assurer d'abord de la paternité du défendeur, s'efforcer ensuite de recueillir un témoignage.

Le souci de la vérité conduit donc à admettre un concubinage notoire dès lors qu'à l'époque de la conception les relations ont présenté « une certaine continuité » et sont apparues avec « une certaine notoriété ».

(88) Amiens, 3 avr. 1951, G.P., 51.1.332. Il s'agissait de deux ouvriers agricoles qui craignaient un congédiement si l'affaire avait été connue du patron.

(89) Nancy, 16 juill. 1962, précité.

(90) Paris, 8 oct. 1954, D. 54.775. Peu de personnes dans une grande ville s'intéressent aux faits et gestes des habitants. On sera donc moins sévère dans l'appréciation de la notoriété.

(91) Civ., 25 mai 1957, Bull. Cass., 57.194 ; Civ., 9 nov. 1959, Bull. Cass., 59.389.

(92) GIVERDON : « Le concubinage, en lui-même, ne prouve nullement la paternité, mais rend seulement son attribution vraisemblable. Cette vraisemblance résulte de la notoriété du concubinage, d'où l'on peut inférer la fidélité de la concubine, sur le fondement de laquelle il est alors possible d'admettre la paternité de l'amant. La notoriété doit donc être telle qu'elle puisse justifier cette présomption de fidélité ; il ne peut en être ainsi que si les relations qui unissent les amants sont largement connues des tiers et suffisamment stables. » D. 1956.413, sous Civ., 1^{er} déc. 54 et D. 1953.523, sous Nancy, 16 juill. 52.

RAMEAU, note au J.C.P., 1954.7937, sous Nancy, 16 juill. 1952 : « C'est... l'opinion publique qui constitue l'élément essentiel de la notoriété. »

J. SAVATIER, note au J.C.P., 1953.7527, sous Chambéry, 3 nov. 52.

(93) Douai, 18 déc. 1956, G.P., 57.1.392 ; Cass. civ., 3 oct. 1961, Bull. Cass., 61.338. Il en irait différemment si les relations s'étaient uniquement déroulées dans la chambre voisine de celle de la mère, sans que celle-ci ait entendu quoi que ce soit. Cass. civ., 10 janv. 1951, G.P., 51.1.189.

(94) Nancy, 16 févr. 1952, précité.

(95) Paris, 9 avr. 1959, J.C.P., 59.111.19 ; *contra* : Cass. civ., 30 oct. 1957, Bull. Cass., 57.326. La Cour de Cassation a décidé ainsi en se reportant au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

(96) Peu importe même que le concubinage n'ait été connu que postérieurement à la grossesse. Paris, 11 févr. 1964, J.C.P., 64.13601, note R. B. Cette position est hardie : V. DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1964.712 (716).

Sur cette question, V. aussi : BOULBÈS, « Réflexions sur la preuve par témoins du concubinage notoire de l'article 340 du Code civil », J.C.P., 1959.1.1506.

Qu'il s'agisse de viol, de séduction ou de concubinage, les tribunaux mettent au premier plan l'existence des relations intimes et la manière dont elles se sont nouées ou poursuivies. Les rapports sexuels sont à la base de ces cas d'ouverture de l'action mais ce sont les circonstances entourant ces rapports qui peuvent seules les ériger en conditions de recevabilité.

Sur ces deux points, le désir de vérité se manifeste dans la jurisprudence, aussi bien dans son souci croissant de rechercher et de préciser la date des relations intimes par rapport à la date de naissance de l'enfant, que dans sa facilité à admettre l'existence des circonstances exigées par le Code : séduction dolosive ou concubinage notoire. La jurisprudence a ainsi donné une interprétation large des conditions de recevabilité reposant sur l'attitude de l'amant au moment de la conception de l'enfant.

Tout espoir n'est cependant pas perdu pour l'enfant si son père n'a pas séduit sa mère et si ses deux parents n'ont pas vécu en concubinage. Les rédacteurs du Code civil ont en effet pensé que le comportement de l'amant une fois l'enfant conçu ou né pouvait permettre aux tribunaux de proclamer la paternité sans risque d'erreur. L'homme qui se sait responsable d'une naissance pourra manifester à l'enfant des sentiments de père, en participant à son entretien ou en reconnaissant le lien de filiation dans un acte privé. Ses actes ou ses écrits peuvent témoigner de la part qu'il a prise dans la naissance de l'enfant.

Nous allons donc voir quelles conséquences pour la proclamation de la vérité le code et les tribunaux ont tiré de son attitude postérieurement à la conception, et tout d'abord de son aveu.

SECTION III

LA PRISE EN CONSIDERATION TRES ETENDUE DE L'AVEU DE PATERNITE

« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée... 3° dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité. »

Le fondement de ce cas d'ouverture est clair, et un rapprochement avec l'article 334 du Code civil (reconnaissance volontaire) s'impose. Dans les deux cas, un homme confesse par écrit sa paternité. Il serait illogique et contraire à la vérité de considérer comme inopérant cet aveu pour la seule raison qu'il n'a pas été formulé dans un acte

authentique. Toutefois, on peut admettre que sa force probante varie avec la forme dans laquelle il a été rédigé. Une reconnaissance authentique suffit à créer un lien de filiation, une reconnaissance privée est sans effet tant qu'elle n'a pas été soumise à un tribunal.

Au cours des travaux préparatoires de la loi du 16 novembre 1912, un contreprojet avait été déposé par M. Jenouvrier (97). Il visait à faire produire les mêmes conséquences à toutes les reconnaissances, quelles que soient leurs formes; elles établissaient la filiation.

Cette proposition fut combattue par le rapporteur, M. Guillier, qui se demandait si « un pareil écrit offre... au point de vue de la sincérité, les mêmes garanties qu'un acte authentique ».

Il est heureux, pensons-nous, que l'assemblée ait finalement suivi son rapporteur, car le projet de M. Jenouvrier aurait abouti à augmenter les cas dans lesquels une filiation est établie sans aucun contrôle (98).

Encore faudrait-il, pour que la vérité soit respectée, que les tribunaux puissent prononcer l'existence du lien de filiation chaque fois que l'aveu de paternité résulte des circonstances de la cause. C'est pourquoi il faut regarder comme inspirée par le souci de la vérité la grande souplesse dont la jurisprudence a fait preuve dans l'admissibilité de ce cas d'ouverture de l'action. Il est cependant deux points sur lesquels elle est demeurée ferme, peut-être parce que le texte de l'article 340 l'imposait sans échappatoire : un écrit est indispensable et l'aveu de paternité doit en résulter sans qu'il soit nécessaire de recourir en plus à une enquête. Mais si ces conditions sont réalisées, le juge bénéficie alors d'un large pouvoir d'appréciation. Ce libéralisme s'explique parce que la sincérité de l'aveu est contrôlée, il est donc bien inspiré par le souci de la vérité.

§ 1. — Libéralisme de la jurisprudence quant à l'existence de l'aveu.

L'attitude compréhensive des tribunaux ne peut se manifester, nous l'avons dit, qu'à l'intérieur d'un cadre bien déterminé : obligation leur est donnée de ne faire résulter l'aveu de paternité que « d'écrits se suffisant à eux-mêmes » (99).

(97) S. Lois annotées, 1911-1915, 438.

(98) Nous avons dit au début de cette seconde partie combien il était regrettable qu'aucun contrôle de vraisemblance, même sommaire, ne soit établi par l'officier d'état civil lorsqu'il reçoit une reconnaissance. En réalité, l'idée de vérité n'est pas seule en cause dans la reconnaissance. Elle ne devient exclusive qu'au moment où la reconnaissance est contestée.

(99) Cass. civ., 16 juin 1964, G.P., 64.2.258 ; Cass. civ., 28 avr. 1965, G.P., 7-9 juill. 1965.

Il s'ensuit d'abord qu'un aveu oral, fut-il « explicite et rapporté par des témoins unanimes » (100) serait sans utilité.

Il s'ensuit aussi qu'il est impossible de retenir un commencement de preuve, que l'on complèterait ultérieurement par d'autres présomptions, témoignages par exemple (101). « Il est indispensable que l'écrit contienne une déclaration précise... dont l'aveu du père se déduise de manière nécessaire » (102).

Le Code s'est méfié des témoignages. Les amis complaisants sont faciles à trouver. C'est sans doute dans un souci de vérité que ce mode de preuve a été écarté (103).

Il est cependant regrettable de l'éliminer définitivement, surtout si son seul rôle était d'appuyer un commencement de preuve. Pourquoi ne pas remettre aux juges le soin de décider de la valeur des témoignages ? On éviterait ainsi de débouter une demanderesse dont les prétentions sont peut-être bien fondées (104).

Cette double exigence d'un écrit, preuve intrinsèque de l'aveu de paternité, est parfois pesante pour les juges. Périodiquement la Cour de cassation en renouvelle l'énoncé (105) : les tribunaux en effet ne se contentent pas toujours d'exercer leur pouvoir souverain d'appréciation (106) à l'intérieur du cadre tracé par l'article 340, ils ont tendance à tourner en fait les limites ainsi posées.

Cette tendance libérale s'est manifestée dans deux directions, témoignant d'une absence réelle de tout conformisme. On poursuit la vérité en élargissant la notion d'« écrit privé émanant du père prétendu » et en s'aidant de toutes les circonstances de la cause pour apprécier la certitude de l'aveu.

A. — LES FORMES DE L'AVEU.

L'aveu de paternité doit résulter, dit l'article 340, de « lettres ou (de) quelque autre écrit privé émanant du père prétendu ».

(100) Trib. civ. Lille, 11 oct. 1956, G.P., 57.1.79 ; dans le même sens : Trib. civ. Caen, 8 juill. 1914, D. 20.2.89, 2^e espèce ; Lyon, 26 oct. 1923, G.P., 24.1.78 ; Dijon, 25 mai 1927, G.P., 27.2.334 ; Paris, 13 janvier 1941, D.C., 43.92.

(101) Cass. civ., 27 juin 1927, S. 27.1.385, D.H., 27.433 ; Cass. civ., 8 janv. 1951, D. 51.219 ; Paris, 15 juin 1956, J.C.P., 56.9411.

(102) Cass. civ., 18 févr. 1930, S. 31.1.41, note GÉNY, G.P., 30.1.744.

(103) Sans doute aussi en raison du parallélisme entre cette condition de recevabilité et la reconnaissance authentique. Pour un autre exemple de ce parallélisme, voir Paris, 11 févr. 1955, D. 55.369 ; Cass. civ., 17 févr. 1960, Bull. Cass., 60.89 : l'aveu n'est soumis à aucun condition de capacité juridique.

(104) Voir, par exemple, Paris, 15 juin 1956, précité.

(105) Voir, en dernier lieu, Civ. 17 juin 1964, précité.

(106) Jurisprudence constante depuis Cass. civ., 17 oct. 1922, D. 23.1.55, S. 23.1.35. Récemment : Cass. civ., 13 mai 1964, Bull. Cass., 64.200.

La mère présentera ou bien un billet rédigé spécialement pour tenir lieu de reconnaissance privée ou bien un écrit au cours duquel l'amant, incidemment, s'est reconnu père de l'enfant. En pratique c'est la correspondance échangée entre les deux parties (ou sa photocopie [107]) qui sera le plus souvent utilisée.

Peu importe que l'écrit n'ait pas été rédigé par le père du moment qu'il l'a signé (108) de son nom ou de celui utilisé jadis par ses ancêtres (109). Et même peu importe qu'il ne l'ait pas signé « dès lors qu'il est constant qu'il l'a fait dresser et a eu connaissance de ses termes » (110).

Lorsque les écrits sont inexistantes ou insuffisamment révélateurs, peut-on recueillir l'aveu de paternité au cours d'une comparution personnelle du défendeur ?

Différentes objections furent élevées (111).

— L'aveu doit être spontané : mais l'article 340 n'a jamais posé une telle exigence ; l'aveu peut donc être provoqué (112) pourvu que le consentement du père n'ait pas été vicié ;

— l'écrit doit préexister à l'instance : mais à l'époque où un commencement de preuve par écrit était nécessaire pour prouver la séduction (art. 340 2°), la jurisprudence avait admis le recours à la comparution personnelle (113) ;

— l'alinéa 3 de l'article 340 mentionne un écrit « privé » et cette condition ne serait pas remplie si l'aveu était recueilli par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions : mais il serait illogique de rejeter l'action sous prétexte que le défendeur a avoué sa paternité

(107) Cass. civ., 20 juill. 1953, J.C.P., 53.7813, note J. SAVATIER.

Contra, mais dans une hypothèse assez différente : Trib. civ. Bordeaux, 24 févr. 1930, G.P., 30.1.760.

(108) Cass. civ., 20 janv. 1953, S. 54.1.165, Cass. civ., 28 oct. 1953, J.C.P., 73.7861, D. 54.38.

(109) Paris, 22 nov. 1925, G.P., 26.1.314.

(110) Trib. civ. Provins, 28 juin 1949, G.P., 49.2.314 : il s'agissait d'un livret de maternité attestant que le défendeur avait fait procéder à l'examen de la jeune fille en qualité de père de l'enfant à naître ; Trib. civ. Thonon, 21 mars 1947, G.P., 47.2.34 : il s'agissait d'un acte de baptême dressé à la demande du père.

(111) Angers, 14 oct. 1941, J.C.P., 43.2.328, note PÉAN, G.P., 42.1.19 ; Trib. civ. Corbeil, 15 avr. 1943, G.P., 43.1.246 ; Lyon, 8 déc. 1943, G.P., 44.1.51 ; Angers, 25 juill. 1945, G.P., 45.2.118 ; Trib. civ. Valenciennes, 11 janv. 1951, D. 51.252 ; Poitiers, 7 déc. 1952, D. 53.243 ; Trib. civ. Lille, 11 oct. 1956, G.P., 57.1.79.

L'arrêt de la chambre des Requêtes du 15 mars 1939 (G.P., 39.1.920, sous-note) avait simplement approuvé les juges du fond dans leur refus d'ordonner une comparution des parties. Mais la validité même de ce procédé n'avait été ni admise, ni déniée.

(112) En dehors même de toute comparution personnelle, l'aveu est souvent provoqué par les demandes pressantes de la mère et dans ce cas sa validité n'a jamais été contestée.

(113) Voir *supra*, p. 315.

dans des conditions en principe plus rigides que celles auxquelles il était théoriquement tenu.

On doit cependant se demander quel sera alors l'effet de cet aveu : suivant que l'on met l'accent sur le caractère authentique de la reconnaissance ainsi obtenue, ou sur le procès dans lequel elle est incluse, on déclarera la paternité acquise sur la base de l'article 334 ou on pourra la déclarer sur la base de l'article 340.

Dans un cas, on considérera que l'action est irrecevable parce que la demanderesse veut faire établir un lien de filiation déjà existant (114).

Dans l'autre cas, on estimera remplie la condition de recevabilité, le procès-verbal dans lequel est consigné l'aveu étant considéré comme remplaçant un écrit privé (115).

Pour deux raisons, cette solution nous semble meilleure : elle permet au tribunal de contrôler la sincérité de l'aveu, elle évite des contestations ultérieures puisque la décision revêt pour les parties l'autorité de la chose jugée (116). Elle favorise donc la manifestation de la vérité. Ce point de vue fut adopté par la Cour de cassation en 1957 (117) mais l'objection tirée du texte même de l'article 340 ne fut pas expressément réfutée. Le terme d'écrit « privé » n'apparaît pas dans son arrêt (118) de sorte que ce problème n'est peut-être pas définitivement réglé.

Il convient de bien mesurer la portée de cette jurisprudence. La mère d'un enfant, même si elle ne dispose d'aucun écrit à l'encontre de son amant, n'est plus complètement désarmée. Si son action n'est pas dénuée de tout fondement, le juge aura le droit d'ordonner la

(114) Une reconnaissance de paternité faite par la victime au cours d'une enquête pénale pour coups et blessures a été considérée comme une reconnaissance authentique. Cass. Req., 13 juill. 1866, D.P., 87.1.119, S. 87.1.65, note CHAVEGRAIN.

(115) A certains points de vue, cette situation se rapproche de celle créée par le refus d'un plaideur de prêter le serment décisoire. Il reste qu'ici le tribunal n'est pas obligé, malgré l'aveu, de prononcer la paternité du défendeur.

(116) On a suggéré aussi une autre solution (A. ROUAST, D. 1958.149) : que le jugement se borne à enregistrer la déclaration authentique. Mais elle aurait alors la même force probante que le jugement : une autorité absolue entre les parties. Cette situation nous semble trop contraire aux règles admises par le droit et la procédure civils pour être retenue.

(117) Civ., 5 nov. 1957, D. 58.149, J.C.P., 58.10503, rejetant le pourvoi contre Paris, 25 nov. 1955, G.P., 56.1. Pour un procès-verbal de gendarmerie : Paris, 31 mai 1955, D. 55.569, ou de police judiciaire : Paris, 24 oct. 1957, J.C.P., 58.10577, note ESMEIN.

V. aussi Paris, 11 fév. 1964, J.C.P., 64.13601, note R. B.

(118) Le pourvoi n'abordait pas directement cette question. Il reprochait à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir proclamé la paternité « alors qu'un tel aveu ne peut être trouvé que dans un écrit émanant du père prétendu et qu'il ne peut être suppléé par une comparution personnelle à l'absence d'un aveu écrit préexistant aux débats ».

comparution du défendeur et de provoquer ainsi un aveu de paternité. Toutefois, les déclarations recueillies doivent être suffisamment formelles pour se suffire à elles-mêmes (119). Quoi qu'il en soit de cette limite que nous avons examinée par ailleurs, l'arrêt de 1957 a été salué par la doctrine comme une des manifestations du « caractère ... extensif qu'il convenait de reconnaître aux cas de recherche de paternité admis par la loi » (120).

C'est souligner en d'autres termes l'importance du souci de la vérité pour les magistrats.

Le fond de la pensée de l'auteur de la reconnaissance doit être recherché sans s'arrêter à la forme dans laquelle il s'est exprimé, du moment qu'il en existe une trace écrite. L'aveu de paternité est-il indubitable et sincère ? Voilà la première préoccupation du tribunal.

B. — LA CERTITUDE DE L'AVEU.

Le Code n'a posé ici qu'une seule exigence : cet aveu ne doit pas être équivoque. Mais s'il résulte très nettement des travaux préparatoires de la loi de 1912 que le rôle de l'aveu était seulement de rendre recevable l'action. Dans un second temps, une preuve complémentaire devait être fournie. Normalement, le juge devrait donc se poser deux questions :

1° l'aveu de paternité existe-t-il et son auteur a-t-il exprimé la conviction d'être le père de l'enfant ?

2° Cette reconnaissance est-elle bien l'expression de la vérité ?

En réalité ce schéma théorique est loin d'être généralement pratiqué. Ces deux phases sont mêlées, parce que le commencement de preuve dont il s'agit est souvent assez probant pour emporter, à lui seul, la conviction du juge.

Dans un certain nombre de cas cependant elles sont dissociées. Aussi les étudierons-nous séparément.

Le caractère non équivoque de l'aveu.

La déclaration du prétendu père ne doit pas être susceptible d'une interprétation à double sens. L'aveu de paternité doit s'en déduire « d'une façon nécessaire » (121). Il faut par exemple se garder d'accueillir une formule telle que « j'accepte de reconnaître

(119) Le refus de répondre équivalant à un commencement de preuve par écrit ne peut donc être retenu.

(120) ROUAST, note au D. 1958.149.

(121) Cass. civ., 1^{er} juill. 1935, G.P., 35.2.488 ; V. aussi, par exemple : Cass. civ., 18 févr. 1930, G.P., 30.1.744, S. 31.1.41 ; Montpellier, 23 nov. 1948, D. 49.4.82, G.P., 49.1.155 ; Cass. civ., 16 janv. 1950, D. 50.226.

la paternité de l'enfant » (122) qui pourrait trahir seulement une reconnaissance de complaisance.

Mais l'excès inverse est tout aussi dangereux : l'aveu n'a pas besoin d'être explicite et peut s'éclairer à la lumière des autres circonstances de la cause.

La possibilité d'un aveu implicite.

Il n'est pas fréquent qu'une lettre contienne formellement une reconnaissance de paternité. Le plus souvent, l'amant ou bien se méfie de l'utilisation ultérieure qui pourrait être faite de sa correspondance, ou bien considère ce point comme acquis et se contente donc d'en tirer les conséquences.

Aussi la jurisprudence a-t-elle admis que l'aveu pouvait être seulement implicite (123). Aucune formule spéciale n'est donc exigée. Les expressions « grossesses », « enfants à venir », ou « paternité » ne sont pas indispensables (124). L'aveu de paternité se déduira de lettres dans lesquelles se manifestent l'affection du père pour l'enfant et la mère (125), le désir de ne pas les laisser sans ressources (126), la crainte des embarras suscités par la naissance (127), etc.

En fait, pour admettre qu'un aveu implicite ne soit pas équivoque, il faut se reporter aux circonstances accompagnant l'écrit.

L'examen des circonstances accompagnant l'aveu.

Prenons un exemple tiré de la jurisprudence. Fournir à un médecin des détails précis de son propre état physiologique est en soi un acte neutre. Mais il peut prendre le sens d'un aveu de paternité si l'auteur de ces renseignements désire ainsi éclairer le médecin sur l'hérédité d'un enfant auquel, juridiquement, il est totalement étranger (128).

(122) Cass. civ., 19 déc. 1956, Bull. Cass., 56.380. V. aussi : Montpellier, 9 oct. 1933, G.P., 33.2.814 ; Cass. civ., 22 mai 1967, D. 68.581, note MALAURIE.

(123) Le premier arrêt de la Cour de Cassation dans lequel on trouve cette formule semble être Civ., 8 juin 1948, D. 48.422. Elle a été ensuite fréquemment reprise : Civ., 16 janv. 1950, D. 50.226 ; Civ., 29 oct. 1952, D. 53.53 ; Civ., 16 janv. 1959, Bull. Cass., 59.249 ; Civ., 28 avril 1965, G.P., 65.238, D. 65.599.

(124) Cass. civ., 4 déc. 1961, Bull. Cass., 61.456.

(125) Cass. Req., 28 avril 1938, D.H., 38.436 : « Nous nous unirons le plus tôt possible et si nous avons ce que tu me disais dimanche, nous l'aimerons bien. » V. aussi Paris, 23 mars 1954, D. 54.357.

(126) Poitiers, 17 déc. 1952, D. 53.243, relève un engagement « de payer tous les frais qu'occasionnerait l'enfant ainsi que ceux occasionnés par la grossesse de la mère ». V. aussi Cass. civ., 29 oct. 1952, G.P., 53.152.

(127) Cass. civ., 18 févr. 1957, Bull. Cass., 57.66 : « désespéré des ennuis qui nous tombent, si tu veux bien me croire, il faut chercher à nous tirer d'embarras au plus tôt et surtout ne pas causer le moindre ennui à nos parents ».

(128) Cass. Req., 7 févr. 1939, G.P., 39.1.696 ; V. aussi pour le choix d'un parrain : Dijon, 20 mai 1932, S. 33.2.113.

Cette circonstance, jointe à d'autres du même ordre, pourra entraîner la conviction du juge en donnant à l'écrit le caractère d'une véritable reconnaissance privée. Certes, les termes de la lettre ne doivent être corroborés ni par un raisonnement logique (129), ni par une enquête (130). Mais, sous cette réserve, le tribunal peut tirer des renseignements utiles des relations intimes nouées entre les jeunes gens pendant la période légale de conception (131), de l'absence de doute sur la fidélité de la femme (132), des passages d'une autre lettre (133).

Les juges usent très largement des possibilités qui leur sont ainsi offertes, trop largement même au gré de la Cour suprême (134) car ils ont tendance à compléter l'aveu de paternité par des éléments de preuve étrangers aux écrits. Il y a là une limite qui ne doit pas être dépassée (134 *bis*). Nous sommes dans un système de preuves légales : le même fait sera retenu s'il ressort d'un écrit et rejeté s'il résulte d'une enquête par exemple. Cette distinction formaliste est imposé par le texte de l'article 340 3°.

La recherche des circonstances ayant entouré le prétendu aveu de paternité s'est révélée particulièrement utile aux magistrats dans leur quête de la vérité lorsqu'ils étaient mis en présence de conseils d'avortement écrits par l'amant à sa maîtresse.

A eux seuls, ces conseils sont équivoques car on peut imaginer que celui qui les prodigue ne recherche que la satisfaction d'un intérêt bien égoïste : la grossesse de la jeune fille peut gêner l'établissement des relations intimes, ou rendre la maîtresse un moment indisponible (135). Si on refuse donc de replacer ces écrits dans leur contexte réel, on considérera qu'ils ne créent qu'une présomption de paternité non susceptible d'assurer la recevabilité de l'action (136).

(129) Paris, 11 févr. 1964, J.C.P., 64.13601, note R. B. Le défendeur reconnaissait avoir entretenu des relations intimes avec la jeune fille et savoir qu'elle était de bonne moralité. Néanmoins il avait des doutes sur sa paternité car il n'habitait pas avec sa maîtresse. Ces doutes n'avaient aucun fondement et la cour reconnaît que si l'action avait été introduite sur la base de l'art. 342, l'existence des liens du sang aurait été admise. Mais dans une instance fondée sur l'art. 340, les déclarations du père étaient insuffisantes. Etablir un lien de cause à effet entre les relations et la paternité est un raisonnement qui incombe au défendeur et non au juge, explique M. BOULBÈS dans son commentaire.

(130) Cass. civ., 8 janv. 1951, D. 51.219 ; Paris, 15 juin 1956, J.C.P., 56.9411.

(131) Par exemple : Cass. civ., 11 déc. 1960, J.C.P., 61.11950.

(132) Cass. civ., 23 janv. 1939, G.P., 39.1.504 ; Cass. Req., 15 mai 1946, D. 46.287, G.P., 46.2.57.

(133) Cass. Req., 23 oct. 1939, D.H., 40.29 ; Cass. civ., 22 mai 1950, J.C.P., 50, somm. 113 ; Cass. civ., 2 févr. 1965, Bull. Cass., 65.63.

(134) Civ., 17 juin 1964, G.P., 64.2.258, D. 64, somm. 105 ; Civ., 28 avr. 1965, D. 65.599.

(134 *bis*) Cass. civ., 9 févr. 1966, D. 67.245, note R.B.

(135) Trib. civ. Tarbes, 12 déc. 1927, S. 28.2.31, G.P., 28.1.192.

(136) Toulouse, 8 juill. 1929, S. 30.2.56, G.P., 29.2.636.

Or la plupart du temps, celui qui s'intéresse à l'arrêt d'une grossesse est mû par le désir d'éviter une paternité encombrante (137). Cette interprétation est même pratiquement la seule plausible si la preuve des relations intimes à l'époque de la conception ressort des autres documents de la cause (138). Dans ces conditions refuser d'y voir un aveu non équivoque constituerait « un défi à la vraisemblance » (139) que la Cour de cassation n'a pas voulu sanctionner (140).

Outre ce premier avantage (retenir un aveu implicite), l'examen des circonstances de la cause présente une autre utilité pour la manifestation de la vérité : il permet d'écarter un aveu, pourtant bien établi mais dont la sincérité est douteuse.

§ 2. — La sincérité de l'aveu.

Le défendeur a reconnu dans un écrit qu'il était bien le père de l'enfant. Mais les conditions dans lesquelles cet écrit a été rédigé permettent de se demander si l'auteur a agi en toute liberté et en toute connaissance de cause.

Les atteintes à la liberté revêtent différents degrés et toutes ne sont pas sanctionnées de la même manière.

Nous savons déjà que l'aveu peut ne pas être spontané. Il est tout à fait valable s'il a été provoqué par les questions d'un magistrat ou par l'insistance de la mère (141).

Si le consentement au contraire a véritablement été vicié par la contrainte, la reconnaissance ne traduit plus nécessairement la vérité. De plus, l'illicéité du procédé conduit à considérer comme non avenu le résultat obtenu. En pratique, ce sont les parents de la jeune fille qui obligeront l'amant à assurer les charges de la paternité (142). Les menaces physiques ne sont pas d'ailleurs les seules. Une contrainte morale jouerait le même rôle. Un arrêt de 1960 nous offre l'exemple du « marchandage » suivant : l'aveu de paternité conditionnait le

(137) A moins que l'idée de l'avortement ne soit née chez la jeune fille : Trib. civ. Vitry-le-François, 23 juill. 1931, G.P., 31.2.562, ou que les conseils du défendeur aient été trop voilés : Montpellier, 23 nov. 1948, G.P., 49.1.155.

(138) Paris, 1^{er} mai 1926, D. 27.81 ; Cass. Req., 23 déc. 1935, G.P., 35.1.412 ; Lyon, 14 févr. 1939, tables G.P., 35.40, n° 192 (mais cette preuve résultait d'une enquête, ce qui est contraire à la position de la Cour de Cassation) ; Nancy, 7 juin 1950, Rec. Nancy, 50.291 ; Lyon, 29 juin 1950, S. 52.53, note GERVÉSIE ; Paris, 1^{er} févr. 1960, J.C.P., 61.11950.

(139) R. B., note au J.C.P., 1961.11950.

(140) Civ., 16 juin 1959, Bull. Cass., 59.249 ; Civ., 17 juin 1964, précité.

(141) Paris, 23 mars 1954, D. 54.357.

(142) Montpellier, 9 oct. 1933, G.P., 33.2.814 ; Trib. civ. Alençon, 25 janv. 1938, D.H., 38.272, G.P., 38.1.652 ; Lyon, 1^{er} déc. 1949, D. 50.247 : le défendeur avait été « saisi au col de son veston par le père de la jeune fille ».

retrait de deux plaintes, à l'Education nationale et au Parquet (pour détournement de mineure) (143). De plus, l'arrêt soulignait le jeune âge du défendeur (20 ans). Un jeune homme sans expérience, (surtout dans l'hypothèse où il aurait pour maîtresse une femme nettement plus âgée que lui) a pu agir à la légère, sans penser à vérifier la conduite de la mère (144).

Une conviction passagère de paternité ne doit pas être retenue si ultérieurement elle s'avère avoir été formulée dans l'ignorance de certaines données (145). Ainsi le prétendu père peut apprendre après son aveu, la légèreté de la jeune fille, ou encore il peut avoir été trompé sur la date de la naissance attendue. Qu'il manifeste alors des doutes sur la réalité de sa paternité, et cette rétractation, même ultérieure, retentira directement sur l'issue du procès.

Au cours de la même instance, les juges s'interrogent donc sur l'existence de l'aveu de paternité, puis sur sa vraisemblance. Le recours aux témoignages, inutilisable dans la première phase, s'avère au contraire possible dans la seconde. Les moyens d'appréhender la vérité, limités lors de l'établissement du cas d'ouverture, sont libres lors de la vérification de son bien-fondé. Sera seule acceptée une reconnaissance revêtant toutes les apparences de la vérité. Ainsi se trouve bien marquée la différence entre la reconnaissance authentique et la reconnaissance privée.

Mais en même temps que se séparent plus nettement reconnaissance volontaire et reconnaissance judiciaire, la reconnaissance volontaire trouve un domaine d'application plus large. L'aveu non équivoque n'est plus le seul cas d'ouverture de l'action dominé par l'idée d'une conviction de paternité. Depuis que cet aveu peut n'être qu'implicite et s'éclairer par les autres circonstances de la cause, il se rapproche de plus en plus, dans certains cas du moins, d'une autre condition de recevabilité : la participation à l'entretien de l'enfant en qualité de père.

(143) Angers, 23 mai 1960, J.C.P., 60.11671, note DELPECH.

(144) Bourges, 28 févr. 1922, D. 23.2.157.

(145) Toulouse, 20 mai 1936, G.P., 36.2.382 ; Cass. Req., 25 oct. 1938, D.H., 38.611 ; Cass. civ., 13 juill. 1955, D. 55.635 ; Cass. civ., 15 juin 1959, D. 59.454, cassant Paris, 24 oct. 1957, J.C.P., 58.10577, note ESMEIN.

SECTION IV

LE LIBERALISME DE LA JURISPRUDENCE
EN MATIÈRE DE PARTICIPATION A L'ENTRETIEN DE L'ENFANT

Les parents d'un enfant sont moralement tenus de l'élever. Si l'on renverse cette proposition, on déclarera que ceux qui traitent un enfant comme le leur s'estiment généralement liés à lui par une relation de maternité ou de paternité. D'ailleurs les soins que l'on donne à un enfant constituent un des éléments de la possession d'état, et cette preuve sert de support à l'action en recherche de maternité naturelle, ou même suffit à établir une filiation légitime.

S'agissant de faire déclarer en justice une filiation naturelle paternelle, les rédacteurs de la loi de 1912 avaient d'abord songé à faire de la possession d'état une condition de recevabilité de l'action. Il n'était pas nécessaire cependant que l'enfant « ait été traité par les parents de ses père et mère comme membre de la famille » (146). En revanche, il devait avoir porté le nom du père. M. Béranger, en seconde délibération, s'éleva contre « la rigueur excessive » de cette disposition. Cette obligation fut remplacée par une autre, moins formaliste : l'homme doit avoir entretenu l'enfant « en qualité de père ». Le texte finalement adopté fut le suivant (art. 340 5°) : « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée... 5° dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien ou à l'éducation de l'enfant en qualité de père. »

Le fondement de ce cas d'ouverture n'est plus une possession d'état même tronquée, mais un aveu de paternité. Sa physionomie générale en est donc profondément modifiée, en faveur sans doute de la vérité.

L'admissibilité de l'action dépend de la réunion de deux éléments : un élément objectif, l'entretien de l'enfant et un élément subjectif, l'intention qui animait le défendeur.

§ 1. — La conception large de l'acte d'entretien.

Entretenir signifie (147) « fournir ce qui est nécessaire à la défense, à la subsistance d'une personne ». L'entretien se traduira donc essentiellement par des actes matériels tels que l'envoi de sommes d'argent ou de biens en nature.

(146) Compte rendu des débats, D. 1912.4.122, 1^{re} colonne, Guillier.

(147) D'après le dictionnaire P. Robert.

Eduquer : « diriger le développement, la formation d'un être humain » (147) implique, sinon des contacts avec l'enfant, du moins l'offre à la mère de conseils pour assurer dans les meilleures conditions l'épanouissement de l'enfant. L'éducation ne prend tout son sens que lorsque l'enfant n'est plus un nouveau-né.

Le texte de l'article 340 rend nécessaire la participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Or cette particule de liaison fut complètement « oubliée » par la jurisprudence (148). L'idée idyllique du père, veillant même de loin sur l'ouverture au monde de son enfant, disparaît et laisse place presque uniquement à celle, beaucoup plus sèche, d'un père épisodiquement préoccupé du sort matériel de son enfant. En pratique, en effet, ce sont les versements d'argent faits par le défendeur qui l'entraîneront devant les tribunaux. La Cour de cassation a même jugé qu'une seule remise d'argent suffisait (149), fût-elle posthume (150). Nul besoin par conséquent que l'envoi de subsides ait été périodique, renouvelé, ou même intermittent (151).

Si la mère a été financièrement aidée par un homme, lors de son accouchement par exemple, ce geste, même secret (152), pourra être interprété comme une participation à l'entretien de l'enfant.

Les tribunaux admettent largement l'existence de ce premier élément de la condition de recevabilité (153). La vérité est-elle oubliée ? Elle le serait si le tribunal devait limiter son rôle à une constatation de la réalité des versements. Mais il lui appartient aussi de scruter l'état d'esprit animant le défendeur lors de ces remises d'argent. Et à cette occasion, le juge recherchera la véritable paternité de l'enfant.

§ 2. — L'appréciation de la cause des actes d'entretien.

De nombreux mobiles peuvent pousser un homme à se préoccuper matériellement du sort d'une jeune fille qui a mis au monde un enfant : la pitié, l'amour, l'espoir qu'elle lui en sera reconnaissante,

(148) *Contra* : Trib. civ. Sens, 13 nov. 1913, G.P., 14.1.420, PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 908.

(149) Req., 30 janv. 1934, G.P., 34.2.476, sous-note ; Civ., 20 juin 1955, D. 55.701, G.P., 55.2.274 ; Civ., 3 nov. 1955, G.P., 56.1.6 ; Civ. 19 nov. 1958, G.P., 59.1.67 ; Civ. 27 juin 1963.

(150) Civ., 29 mars 1950, D. 50.593, note CARBONNIER.

Contra : Besançon, 27 oct. 1930, G.P., 30.2.767.

(151) *Contra* : Trib. civ. Sens, précité ; Colmar, 3 janv. 1930, tables G.P., 30-35, n° 195 ; Colmar, 17 déc. 1952, tables G.P., 51-55, n° 314.

(152) Cass. civ., 11 juill. 1935, D.H., 35.473, S. 35.1.367, G.P., 35.2.565.

(153) Cass. civ., 4 mai 1964, Bull. Cass., 64.176, a refusé de sanctionner cet arrêt d'une cour d'appel : « L'importance des versements... laisse présumer qu'il a entendu contribuer à l'entretien du deuxième enfant de celle-ci (la mère) en qualité de père. » Le pourvoi soutenait que la naissance de ce second enfant n'avait entraîné aucune augmentation des sommes versées.

etc... Mais seul le désir d'assumer les obligations issues de la paternité peut justifier la recevabilité de l'action (154). Les versements doivent constituer un aveu non équivoque de paternité, mais la preuve est beaucoup plus facile à rapporter que dans l'hypothèse de l'article 340 3° car elle est libre (155). L'existence de relations intimes lors de la conception, l'analyse de la correspondance (156), l'intérêt porté à l'enfant (157) constitueront autant de renseignements précieux susceptibles d'éclairer les magistrats. Inversement il faut considérer aussi les doutes manifestés par le défendeur à propos de sa prétendue paternité (158). De même, l'octroi d'un capital ou d'une pension serait inopérant s'il apparaissait comme le moyen d'éviter un scandale (159) ou de se « débarrasser » d'une maîtresse encombrante (160).

Encore faut-il cependant que ces motifs excluent vraiment toute intention de subvenir, en tant que père, aux besoins de l'enfant (161). De nombreuses espèces révèlent que fréquemment ce sont les parents du jeune homme qui versent l'argent. S'ils agissent en leur nom propre, l'action sera rejetée. Mais comment ne pas voir que l'attitude de ces grands-parents est dictée par les devoirs incombant à leur fils ?

En réalité, si la paternité n'est pas douteuse, l'amant sera déclaré père de l'enfant dès lors qu'il a été mis au courant de l'envoi de fonds (162).

La vérité est ainsi efficacement poursuivie : si la mère fournit la preuve d'un seul mandat reçu, l'expéditeur sera censé avoir voulu ainsi contribuer à élever son enfant, à moins que d'autres circonstances ne viennent détruire cette présomption de paternité.

C'est finalement dans le sens d'un élargissement des conditions de recevabilité de l'action que s'est faite l'évolution de la jurisprudence depuis 1912. Pour parvenir à la vérité, les tribunaux assou-

(154) Cass. civ., 1^{er} mars 1949, D. 49.207, censure l'arrêt de la cour d'appel qui « n'a pas précisé les conditions dans lesquelles ce versement aurait contribué à l'entretien de l'enfant, du consentement de Gouineau et en sa qualité de père ».

(155) Pour le manque d'harmonie créé entre ces deux cas d'ouverture : CARBONNIER, note au D. 1950.593.

(156) Dijon, 29 déc. 1931, D.H., 32.109, G.P., 32.1488.

(157) Paris, 21 oct. 1935, G.P., 35.2.847, S. 36.2.151 ; Trib. civ. Lyon, 5 juin 1913, C.P., 13.2.299 (la première communion de l'enfant avait été faite aux frais du défendeur) ; Cass. civ., 3 juill. 1962, Bull. Cass., 62.298 (le défendeur avait lui-même placé l'enfant en nourrice).

(158) Paris, 21 oct. 1935, précité.

(159) Trib. civ. Sens, 13 avril 1913, précité.

(160) Trib. civ. Dunkerque, 29 janv. 1914, G.P., 14.1.343.

(161) Cass. civ., 13 mars 1957, Bull. Cass., 57.109.

(162) Cass. Req., 28 juin 1938, G.P., 38.2.600, particulièrement net : Cass. Req., 15 févr. 1926, S. 26.1.121 ; Cass. Req., 13 août 1927, S. 27.1.381 ; Cass. Req., 30 janv. 1934, G.P., 34.2.476, sous-note ; Cass. civ., 1^{er} mars 1949, D. 49.207 ; Cass. civ., 2 nov. 1951, Bull. Cass., 51.229.

plissent les conditions de forme (163) et interprètent de la manière la plus souple les exigences de fond (164). A tel point que dans certains cas bien précis (nous pensons à l'entretien de l'enfant en qualité de père) une liberté complète de la preuve de la paternité n'apporterait aucun avantage par rapport à la situation actuelle.

Ces hypothèses sont cependant exceptionnelles. Quelle que soit la liberté que l'on prenne avec les textes, il est certaines limites que les tribunaux ne pourront jamais franchir (165). C'est pourquoi une modification législative serait souhaitable. L'état actuel des textes n'aurait alors été qu'une étape entre l'interdiction du Code civil et une liberté absolue de la preuve. D'ailleurs le Droit international privé fait preuve en cette matière d'un certain libéralisme qui pourrait préfigurer l'esprit du Droit interne à venir : une partie de la jurisprudence n'estime pas contraire à l'ordre public français les décisions des tribunaux étrangers qui proclament la paternité sur la base de faits qui ne constituent pas en France des cas d'ouverture de l'article 340 (166).

Au niveau des idées, le souci croissant de la vérité impose qu'un enfant ne reste pas juridiquement sans filiation alors qu'il peut prouver quel est son père ou sa mère. Au niveau des réalités concrètes, un sentiment de justice envers l'enfant et sa mère impose la prise en charge de cet enfant par ceux qui l'ont mis au monde. Aussi la solution à laquelle s'est ralliée la commission de réforme du Code civil constituerait-elle un progrès important (167).

(163) Ex. : l'aveu écrit de paternité résultant de la comparution du défendeur.

(164) Ex. : la notoriété toute relative du concubinage.

(165) Ex. : déclarer la paternité sur la base d'un seul rapport sexuel ou retenir un aveu oral de paternité.

(166) Paris, 23 févr. 1967, Rev. crit. dr. intern. privé, 1967.567, note J. FOYER. Cet arrêt décide que n'est pas contraire à l'ordre public une déclaration de paternité qui résulte de la déclaration de la mère, de la déposition d'un témoin et des autres faits de la cause. Rendu à propos de la législation suédoise, l'arrêt ne contient aucune référence aux effets précis attachés à la décision dont l'*exequatur* était demandée en France. C'est au contraire un point sur lequel la même cour insistera beaucoup quelques mois plus tard à propos de la législation allemande (16 nov. 1967, G.P., 28 févr. 1968).

Sans doute s'agit-il dans ces exemples de faire produire des effets en France à une décision régulièrement acquise à l'étranger et non pas d'appliquer devant les tribunaux français les législations étrangères (la Cour de Paris a fortement souligné cette différence : 21 avr. 1967, Journal du dr. intern., 68.345, note P. MALAURIE). Mais « l'ordre public atténué constitue une sorte de banc d'essai pour l'ordre public », (J. FOYER, « Filiation illégitime et changement de la loi applicable », n° 361).

(167) Art. 516 de l'avant-projet : « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée lorsqu'il est prouvé par tous moyens, soit que le père prétendu a eu commerce avec la mère pendant la période légale de conception, soit qu'il a avoué expressément ou tacitement être le père de l'enfant notamment lorsqu'il a pourvu ou participé à son entretien et à son éducation en qualité de père. »

Une ouverture très large de l'action se justifierait d'autant plus que l'homme traduit en justice pour voir déclarer sa paternité dispose de deux fins de non-recevoir d'une grande portée. Elles sont utilisées elles aussi par nos tribunaux dans un souci évident de favoriser au maximum l'établissement de la vérité.

CHAPITRE II

Le souci de la vérité dans l'appréciation par les tribunaux des fins de non-recevoir à l'action.

Si le souci de la vérité était la seule préoccupation du législateur, les moyens d'exclure une paternité devraient être les mêmes quelle que soit la qualification de la filiation contestée.

Mais nous savons bien que l'idée de vérité ne domine pas l'ensemble de notre droit de la filiation. En raison de la force attachée à l'institution du mariage, le désaveu de paternité légitime et la défense à une action en recherche de paternité naturelle ne se présentent pas sous le même jour. Techniquement, la paternité d'un mari repose sur deux présomptions légales : l'existence de relations intimes et la fidélité de la femme. Or seule la première circonstance doit être prouvée, à titre de condition de recevabilité, dans la recherche judiciaire de paternité naturelle. Puisque, théoriquement du moins, le lien de filiation est moins certain, il est logique qu'il puisse être écarté plus aisément. Par ailleurs, il est bien certain que la « paix des familles » revêt des exigences différentes dans les deux cas. La naissance d'un enfant naturel simple apporte à l'ordre public un trouble moins grave que celle d'un enfant adultérin. Il sera donc plus facile pour un homme célibataire d'écarter la paternité que l'on prétend lui imputer, que pour un homme marié de rejeter la présomption de l'article 312. La vérité doit pouvoir être révélée plus facilement dans le premier cas.

L'article 340 du Code civil institue trois fins de non-recevoir : l'inconduite de la mère pendant la période légale de conception,

l'impossibilité démontrée par un examen des sangs. Dans ces trois cas « l'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable ».

En réalité, ce n'est pas essentiellement le souci de la vérité qui a incité le législateur à donner une telle portée à ces circonstances. Ce rôle leur eût-il été refusé, que l'on imaginerait mal un tribunal déclarer père de l'enfant un homme qui, par exemple, n'a pas pu rencontrer la mère au moment de la conception de l'enfant. Mais alors, ces circonstances n'auraient pu être prises en considération qu'une fois établie la recevabilité de l'action. Or le « vœu du législateur (est de)... prévenir le scandale d'un débat au fond s'il existe une fin de non-recevoir péremptoire » (1). Voilà bien le véritable fondement de ces dispositions : éviter de « troubler la tranquillité et (de) compromettre la réputation d'un homme ou d'une famille » (1).

La crainte d'un chantage, le souci d'une justice plus rapide, expliquent ces précautions qui doivent être approuvées, dans la mesure du moins où elles excluent vraiment la paternité du défendeur. Il est en effet inutile de procéder à l'examen au fond du débat si le défendeur dispose, au départ, d'éléments suffisamment puissants pour emporter à son profit la conviction du juge.

Certes, il est possible que certains plaideurs utilisent cette faculté pour retarder le prononcé du jugement. Mais trois remarques s'imposent :

— Cet inconvénient n'existe que si le défendeur est seul à pouvoir invoquer les fins de non-recevoir.

— Même dans ce cas, l'inconvénient nous semble moins grand que l'avantage qui peut en résulter : la manifestation de la vérité.

— Il est parfois impossible de qualifier d'emblée de dilatoire le moyen invoqué (il en est ainsi de l'expertise sanguine).

La première fin de non-recevoir prévue à l'article 340 — l'éloignement ou l'impuissance du défendeur pendant la période légale de conception — ne nécessite pas de longs développements. Elle rappelle, à l'évidence, le premier cas de désaveu de l'article 312. L'interprétation donnée de ces deux textes est sensiblement la même (bien qu'il s'agisse dans un cas de s'opposer à la naissance d'une présomption de fait, et dans l'autre de faire disparaître une présomption légale). On se souvient par exemple des élargissements auxquels a donné lieu, à propos du désaveu, la notion d'accident (assimilation de l'accident à la maladie, assimilation de l'impuissance à la stérilité). Or s'agissant des fins de non-recevoir, M. Violette, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1912, recommandait déjà d'inter-

(1) Rapport de M. GUILLIER, au Sénat, S. 11.15.440, 3^e colonne.

prêter cet « accident » dans un sens large : « cela doit s'entendre même d'une maladie qui n'empêcherait pas les relations sexuelles mais empêcherait la conception » (2). Si l'impuissance est congénitale, elle ne pourra pas plus constituer une fin de non-recevoir que servir de base à un désaveu. Toutefois, en matière de filiation naturelle, puisque la preuve contraire est libre lorsque l'action est recevable, rien n'empêche de tirer argument de ce fait lorsque le problème de la paternité est débattu au fond.

Quant à l'époque à laquelle se situe l'impossibilité physique d'engendrer, elle doit correspondre à l'époque légale de conception. Le souci de la vérité commanderait de ne la retenir que si elle correspond avec la date de la conception vraisemblable de l'enfant. La jurisprudence n'a pas pris parti sur ce point, mais la doctrine s'y montre peu favorable (3).

L'attitude du père prétendu à l'époque de la conception influence ainsi directement la solution du problème de la paternité. Mais l'attitude de la mère à cette même époque permet aussi de douter de la paternité du défendeur. Lorsque cette mère a eu des rapports avec un tiers, la filiation paternelle de l'enfant devient très incertaine. L'infidélité de la femme est une fin de non-recevoir. Cette solution est cependant rigoureuse car si la dualité des amants rend problématique la paternité du défendeur, elle ne devrait pas suffire à l'exclure. Il convenait donc pour les tribunaux, s'ils étaient animés par un souci de vérité, de réduire la portée de cette fin de non-recevoir. C'est sous cet angle que nous étudierons ce premier problème.

Le comportement des parties au procès à l'époque de la conception a longtemps été le seul moyen d'écarter un lien de filiation probable. Mais les nouvelles données de la science biologique ont ouvert au défendeur une autre voie dont les tribunaux d'abord, le législateur ensuite, ont largement tenu compte. L'analyse comparée des groupes sanguins a été reconnue comme un moyen scientifique valable permettant d'exclure une paternité. Le mari ne peut pas, nous l'avons vu, y recourir d'emblée pour écarter de la famille un enfant né de sa femme, mais l'amant au contraire dispose depuis 1955, d'une fin de non-recevoir utilisable en toute hypothèse si une action en recherche de paternité naturelle est dirigée contre lui.

(2) S., lois annotées, 1911.1915, 443, 2^e colonne.

(3) Déclarations de M. VIOLETTE à la Chambre des députés, S. 1911-1915, p. 443 ; LEVASSEUR, J. Cl. civ., art. 331-340, n° 105 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1875.

SECTION I

**LES EFFORTS DES TRIBUNAUX
POUR SUBORDONNER A LA VERITE
LA FIN DE NON-RECEVOIR TIREE DE L'INFIDELITE DE LA MERE**

On comprend volontiers qu'une action en recherche de paternité naturelle puisse être rejetée si le défendeur n'était pas le seul à obtenir les faveurs de la mère au moment de la conception de l'enfant. On ne peut rattacher un enfant à un homme que si sa paternité est certaine et non seulement possible.

Partant de cette idée, les rédacteurs de la loi de 1912 ont institué deux fins de non-recevoir : l'inconduite notoire de la mère et le commerce de la mère avec un autre homme que le père prétendu.

La recherche de la vérité ne commandait sans doute pas une telle solution : l'infidélité de la femme rend la paternité du défendeur douteuse mais ne l'exclut pas. D'ailleurs en matière de contestation de reconnaissance, l'« exceptio plurium » n'est pas une fin de non-recevoir. Et il est fort significatif de remarquer que pour la cour de Paris (4) la législation suédoise qui ne connaît pas l'« exceptio plurium » ne heurte pas l'ordre public international alors que « lorsqu'elle est opposée dans le débat, l'exclusion physiologique relève de l'ordre public international ». Seul ce second procédé permet d'atteindre la vérité. Pour la cour de Paris la recherche de la vérité est ici placée au premier plan.

Aussi n'est-il pas souhaitable que les tribunaux élargissent le domaine de cette fin de non-recevoir, à la différence de ce qu'il convenait au contraire de faire (et qui a été fait) pour les conditions de recevabilité. L'irrecevabilité automatique de l'action risquerait en effet d'apparaître comme une sanction contre la mère (5), plus que comme un moyen d'établir la vérité.

Lorsque la femme a entretenu à l'époque de la conception des relations avec deux hommes dont l'identité est connue, l'analyse sanguine apparaîtrait comme un moyen particulièrement adéquat de départager ces deux paternités concurrentes (6). Mais il ne peut pas être invoqué étant donné l'automatisme de ces fins de non-recevoir.

(4) Paris, 21 avr. 1967, *Journal du dr. int.*, 68, p. 345, note P. MALAURIE.

(5) Trib. civ. Valence, 31 mai 1938, D.H., 38.574 ; Amiens, 14 déc. 1932, S. 33.2.167.

(6) Il conviendrait alors que la mère, devant la fin de non-recevoir qui lui sera opposée, intente deux actions en recherche de paternité. Sinon la prise de sang à effectuer sur la personne du second amant s'avérerait bien difficile.

L'infidélité de la femme, du moment qu'elle est certaine, impose toujours le rejet immédiat de l'action.

Pour aboutir à ce résultat, le défendeur devra franchir deux obstacles : produire des témoins dont la bonne foi ne peut être mise en doute et prouver par ce moyen l'infidélité de la mère qui doit se situer pendant la période légale de conception.

§ 1. — L'appréciation de l'existence du commerce de la mère avec un autre individu.

Le père prétendu a tout intérêt à essayer d'invoquer la diversité des relations coupables de la mère puisque, si les faits qu'il avance sont prouvés, l'instance se terminera rapidement à son profit.

Mais cette fin de non-recevoir peut aussi tenter un défendeur de mauvaise foi. Il importe donc que le tribunal puisse déjouer cette manœuvre.

Le véritable père, peu désireux de voir établir son lien de parenté avec l'enfant, peut songer tout d'abord à recourir à un « ami » complaisant qui viendrait témoigner de l'immoralité de la jeune fille (7). Mais il appartient aux magistrats d'apprécier souverainement « la foi et la portée du témoignage invoqué » (8). Ils sont donc libres d'écarter les affirmations de ces témoins, parfois de dernière heure (9), si elles leur semblent invraisemblables.

Le défendeur peut aussi essayer de faire retomber la charge de la preuve qui lui incombe sur le tribunal, en sollicitant une enquête reposant sur des faits extrêmement vagues. Mais les juges sont en droit de la refuser si aucun détail sur le lieu, les dates, et les conditions des rencontres, n'est fourni (10).

On peut ainsi espérer que seules les relations effectives de la mère avec des tiers parviendront à être établies. Encore faudrait-il, pour que la vérité soit respectée, que ces relations n'entraînent le rejet de l'action que si la paternité du défendeur est exclue avec certitude. La jurisprudence tend, dans une certaine mesure, à s'orienter vers la recherche de la véritable paternité.

(7) Cet individu ne peut craindre, en retour, une action en recherche de paternité naturelle, car les relations de la mère avec le défendeur au présent procès sont bien établies.

(8) Cass. civ., 15 avr. 1964, Bull. Cass., 64.148 ; V. aussi Cass. civ., 12 févr. 1954, J.C.P., 54, somm. 50.

Contra (semble-t-il) : Besançon, 30 avr. 1953, D. 54, somm. 6.

(9) Cass. civ., 28 avr. 1960, Bull. Cass., 60.172.

(10) Agen, 16 mai 1938, S. 39.241 ; Cass. civ., 19 nov. 1921, D. 21.1.252 ; Cass. civ., 11 mai 1955, Bull. Cass., 55.168 ; Cass. civ., 18 nov. 1957, Bull. Cass., 57.355.

L'objet de l'enquête ou celui des déclarations de témoins doit porter sur l'infidélité de la femme qui peut revêtir deux formes : l'inconduite notoire ou le commerce avec un autre individu. Ces deux notions ont été interprétées avec beaucoup de réalisme. Les rédacteurs de la loi de 1912, en visant l'inconduite notoire, pensaient surtout au cas où la mère avait la « possession d'état d'une femme débauchée » (11). Les tribunaux ne se sont pas montrés aussi rigoureux. L'essentiel est que les relations sexuelles soient « hautement vraisemblables » (12), mais leur notoriété dépend des circonstances : ainsi, la répétition des sorties nocturnes peut n'être connue que des concierges de l'immeuble où habitait la mère (13).

Cette attitude assez souple des tribunaux risquerait d'être dangereuse pour la vérité si les fins de non-recevoir avaient intégralement conservé leur caractère péremptoire. Mais, en fait, un débat sur la vraisemblance de la paternité du défendeur s'instaurera parfois : lorsqu'en connaissance de cause le défendeur s'est considéré comme le père de l'enfant, les tribunaux auront tendance à déclarer non pertinente l'offre de preuve de l'inconduite qui leur est faite (14). De même, l'attitude et la correspondance des deux amants pourront venir démentir l'infidélité de la femme (15). « On peut faire état, pour repousser la fin de non-recevoir, des marques de confiance données par celui-ci (le défendeur) à la mère » dira M. Savatier (16). Il y a là une limite remarquable à l'automatisme des fins de non-recevoir.

Le commerce de la mère avec un autre individu que le père prétendu s'entend d'un rapprochement sexuel avec un homme déterminé (17). L'identité du tiers n'a nul besoin d'être connue (18).

Dans l'esprit du législateur (19) comme dans celui de la majorité de la doctrine (20), ces relations ont pu être accidentelles, isolées.

(11) S., lois annotées, 1911-1915, p. 441, 3^e colonne (intervention de M. GROSJEAN).

(12) Trib. civ. Charolles, 14 janv. 1937, G.P., 37.1.717 ; Trib. civ. Valence, 31 mai 1938, D.H., 38.574.

(13) Trib. civ. Charolles, 14 janv. 1937, précit. La même évolution marque la notoriété de l'inconduite et celle du concubinage.

(14) Bordeaux, 7 mars 1927, D. 27.2.83.

(15) Riom, 15 nov. 1920, D. 21.2.39, S. 21.2.87.

(16) *Op. cit.*, n° 61.

(17) Une cour d'appel (Besançon, 12 févr. 1930, G.P., 30.1.790) a vu dans la reconnaissance et la légitimation par un tiers, intervenue après l'introduction de l'instance, la preuve du commerce de la mère avec un autre individu. Cette solution, en l'absence de toute autre circonstance, nous semble excessive en raison de la fréquence des légitimations de complaisance.

(18) Cass. civ., 12 oct. 1954, Bull. Cass., 54.236.

Contra : Rennes, 8 mars 1949, G.P., 49.2.211.

(19) S. 1911-1915, p. 441, GUILLIER.

(20) SAVATIER, *op. cit.*, n° 61, MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 974 ; RIPERT, *Encycl. Dalloz*, v° Filiation naturelle, n° 242 ; LEVASSEUR, J. Cl. civ., art. 331-342, n° 100 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n° 403 ; WAHL, *Rev. trim. dr. civ.*, 1913.5 (52).

Mais une décision récente, s'appuyant sur l'autorité de MM. Planiol et Ripert (21) estime que le terme de commerce « implique une certaine continuité de rapports dépassant l'acte sexuel unique et fortuit » (22). Et le tribunal ajoute « les fins de non-recevoir étant des dispositions exceptionnelles, doivent être interprétées restrictivement dans le sens le plus favorable à l'enfant ». Leur automatisme se trouverait ainsi une nouvelle fois sérieusement battu en brèche. La vérité serait mieux appréhendée chaque fois notamment que ce commerce ne se situe pas à l'époque où l'enfant a été effectivement conçu.

**§ 2. — La tendance à comparer la date de ce commerce
et la date réelle de la conception.**

L'article 340 exige l'établissement de l'infidélité de la femme pendant la période légale de la conception. L'expression, qui rappelle celle employée à propos du désaveu pour éloignement, est ambiguë; l'infidélité doit-elle s'étendre sur toute la période légale ou bien peut-elle — à la limite — résulter d'un seul rapprochement sexuel qui entraînerait alors le rejet de l'action dès qu'il se situerait à un moment quelconque des 121 jours ?

Pour servir la vérité, autant que le permet un texte qui — rappelons-le — ne repose pas sur cette seule exigence, deux solutions sont possibles.

● Ou bien l'infidélité de la mère doit avoir été fréquente au cours de la période légale. Si les faits reprochés à la mère ne se sont pas souvent renouvelés, les tribunaux pourront néanmoins refuser de déclarer la paternité mais sur la base de leur pouvoir souverain d'appréciation une fois établie une condition de recevabilité.

● Ou bien un seul acte d'inconduite suffit mais il est alors indispensable qu'il se situe au moment de la conception effective de l'enfant.

La première solution se conçoit surtout lorsque c'est l'inconduite notoire qui est invoquée. L'inconduite est un *état* et suppose donc l'intervention de la notion de durée. Le commerce au contraire — du moins dans la conception traditionnelle — consiste en un acte

(21) T. II, n° 911.

(22) T.G.I. Dijon, 16 mars 1964, J. Cl. civ., art. 331-342, feuilles jaunes. Ce tribunal recherche la définition du mot « commerce » dans le dictionnaire de la langue française de Littré : « Liaison illicite entre deux personnes de sexe différent. » Mais P. Robert, dans son dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française estime que ce terme « se dit de relations charnelles », ce qui n'implique donc aucune condition de durée.

isolé (23). La définition même de cette fin de non-recevoir est alors incompatible avec l'exigence d'une répétition des relations.

La doctrine et la jurisprudence ne se montrent pas dans l'ensemble favorables à cette solution (24). La fin de non-recevoir doit être reçue même si l'infidélité n'est pas prouvée pendant toute la période légale de la conception.

Certes il existe alors un manque d'harmonie entre le désaveu pour éloignement et cette fin de non-recevoir, puisque dans l'hypothèse de l'article 312 la paternité n'est exclue que si le mari n'a pu cohabiter pendant toute la période légale de la conception. Mais cette discordance peut s'expliquer par l'esprit différent de ces deux textes : dans un cas on veut éviter de consacrer une filiation adultérine (et l'indivisibilité de la période légale de conception apparaît comme un moyen au service de ce but) ; dans l'autre cas la recherche de la vérité est davantage l'objectif poursuivi. M. Guillier ne déclarait-il pas au cours des travaux préparatoires de la loi de 1912 : « Que faut-il pour entraîner la reconnaissance judiciaire de la paternité ? Il faut donner aux magistrats la certitude que l'homme à qui on s'adresse est bien réellement le père de l'enfant » (25).

On voit combien le poids de l'Histoire a pesé sur cet article 340. Le législateur de 1912 n'était pas hostile à la vérité, c'est l'évidence. Mais il a voulu que le moindre indice permettant de douter du bien-fondé de l'action en recherche de paternité entraîne son rejet immédiat et automatique. Sans doute n'a-t-il pas voulu aller jusqu'à ce que proposait au cours des débats M. Lamarzelle : refuser l'action à toute femme notoirement légère jusqu'à la période légale de conception (26). Exiger que l'inconduite se situe pendant la période légale

(23) Voir *supra*, p. 351.

(24) Amiens, 14 déc. 1932, S. 33.2.167.

En ce sens, pour la doctrine : MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 974 ; LEVASSEUR, J. Cl. civ., art. 331-342, 3^e fasc., n° 98 ; GUILLIER, S. 1911-1915.442 : « Il faut... qu'il soit manifeste que pendant cette même période la femme soit restée absolument fidèle à son amant » (un seul écart de conduite est donc suffisant pour retenir la fin de non-recevoir) ; WAHL, Rev. trim. dr. civ., 1913, p. 5 (61) ; RIPERT, Encycl. Dalloz, v° Filiation naturelle, n° 241.

Contra : PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 910 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1873 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 569, texte et note n° 61. Pour ces auteurs, l'article 340 doit être interprété comme l'article 312.

(25) S. 1911-1915.442, 3^e colonne. Ce souci doit l'emporter sur celui de l'enfant. (En ce sens encore : PLANIOL-RIPERT, n°s 910-911 ; *contra* : T.G.I. Dijon, 16 mars 1964, précité). Sinon la sentence des tribunaux apparaîtrait comme une sanction illégale à l'encontre des relations sexuelles hors mariage.

(26) S. 1911-1915.441, 3^e colonne. La raison donnée était la suivante : « Dès l'instant qu'une femme se livre à la débauche, on ne peut jamais acquérir la certitude de sa sagesse pendant les quatre mois les plus importants. » Cet amendement fut vivement critiqué par le rapporteur : le passé de la mère rendra le tribunal plus rigoureux mais ne suffit pas à exclure la paternité du défendeur.

était donc déjà dans une certaine mesure un progrès de la vérité. Mais la jurisprudence et la doctrine ultérieures n'ont pas voulu de leur côté aller trop loin dans le sens de la vérité. La situation issue de cette dialectique est évidemment un compromis. Un seul acte d'inconduite (27) entraîne le rejet de la demande.

Mais il reste alors à se demander si la date de cet acte d'inconduite n'est pas primordiale. Le problème se pose de manière particulièrement nette lorsque les relations se situent à un moment où la femme était déjà enceinte. Certains tribunaux admettent et d'autres refusent la qualification de fin de non-recevoir au commerce ou à l'inconduite postérieurs au début de la grossesse (28).

Il serait extrêmement dangereux pour la vérité que tout écart de conduite de la mère entraîne automatiquement le rejet de l'action. Il est indispensable pour la logique que le début de la grossesse marque dans le temps un point final au-delà duquel le comportement de la mère avec un tiers (ou l'éloignement du mari) ne peut plus valoir fin de non-recevoir. La jurisprudence commence à s'engager dans cette voie. Cette solution est d'autant plus admissible que la date capitale peut désormais être connue avec plus de précision grâce aux expertises médicales. Les données de la science sont amenées à jouer un rôle important en dehors même du cas, beaucoup plus fréquent, où elles ont pour objet d'éliminer la paternité du défendeur.

SECTION II

LE LARGE DOMAINE D'UTILISATION DE L'ANALYSE COMPAREE DES GROUPES SANGUINS

L'analyse comparée des groupes sanguins est utilisée, nous le savons, pour exclure une paternité. Il était donc tout à fait normal qu'elle soit invoquée par le défendeur, par celui que l'on « accuse » à tort d'être le père de l'enfant. C'est bien ainsi que le problème s'est

(27) A notre connaissance, les tribunaux n'ont jamais statué sur l'hypothèse d'un acte sexuel unique.

(28) Pour l'admission : Trib. civ. Lannion, 3 févr. 1948, G.P., 48.1.152 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n° 714.

Contra : Amiens, 14 déc. 1932, précité ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1874.

De plus la Cour de Cassation (Civ., 29 juin 1933, G.P., 33.2.563) a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait repoussé une demande d'enquête tendant à prouver l'inconduite, « motif pris de ce que l'offre de preuve portait sur des faits insuffisamment précis ». La Cour de Cassation relève que les faits articulés « se seraient produits pendant la période légale de conception » et que « si l'existence en avait été établie... la conséquence inévitable (aurait été) de rendre irrecevable la demande ».

posé historiquement à partir du moment où sur le plan scientifique le procédé fut au point.

Mais lorsque cette expertise fut rendue obligatoire pour le juge dès que le défendeur la sollicitait, un risque assez grave apparut, non pas certes pour la vérité, mais pour la bonne administration de la justice. Le risque était de voir des pères de mauvaise foi ne recourir à ce moyen au dernier moment que pour reculer dans le temps le prononcé du jugement. Il y avait là un inconvénient certain qu'il fallait chercher à éviter.

Bien avant la loi de 1955 (15 juillet) qui est venue modifier l'article 340 dans un sens favorable à la vérité, l'expertise sanguine avait trouvé dans la recherche judiciaire de la paternité naturelle un champ d'application particulièrement propice (29). En effet lorsque la vraisemblance de paternité ressort de l'établissement d'une condition de recevabilité, elle peut être combattue par tous moyens et donc notamment par une expertise sanguine.

Mais l'utilité de cette analyse fut parfois contestée car il arrive que la paternité atteigne un tel degré de vraisemblance qu'elle équivaut à une certitude. On peut imaginer le cas « parfait » de deux concubins ayant longtemps vécu ensemble, l'amant envoyant des subsides à la mère pour « leur » enfant dès que son travail l'éloignait de sa maîtresse. Si ce « père » est traduit en justice, pourra-t-il obtenir une expertise sanguine pour démontrer ce que tous les faits de la cause démentent ? Certaines juridictions s'y refusaient et la Cour de cassation en 1953 les approuvait (30). Mais elle revint sur sa position en 1956 (31) : cette mesure ne peut être considérée comme non pertinente car son « but suffit à (en) établir l'utilité ». Par respect pour les droits de la défense, un argument susceptible de faire éclater la vérité ne peut être superflu. L'amant n'a pas toujours pu surveiller la conduite de sa maîtresse et cet ultime moyen est parfois le seul qui puisse faire éclater la déloyauté de la mère.

La même solution s'est évidemment maintenue après la loi du 15 juillet 1955 qui a transformé le moyen de défense en fin de non-

(29) Jurisprudence constante : Trib. civ. Tournon, 17 mars 1943, G.P., 43.1.286 ; Nancy, 19 déc. 1949, D. 50.183 ; Trib. civ. Pontoise, 24 nov. 1954, G.P., 55.1.136 ; Cass. civ., 28 mars 1960, Bull. Cass., 60.144.

Contra, en raison d'une confusion entre moyens de recevabilité et moyens de fond : Trib. civ. Valence, 31 mai 1938, D.H., 38.574.

Une recherche sur l'hérédité pourrait aussi être sollicitée. Mais ce moyen est techniquement moins au point, en France du moins. Trib. civ. Lyon, 22 déc. 1949, D. 50.358.

(30) Rabat, 9 mai 1950, G.P., 50.2.329 ; Cass. civ., 18 févr. 1953, Bull. Cass., 53.61 ; Cass. civ., 3 nov. 1955, G.P., 56.1.6.

(31) Civ., 15 oct. 1956, D. 57.51, J.C.P., 56.9653. Voir déjà Rennes, 16 janv. 1950, D. 50.223.

recevoir. « Semblable examen ne peut être refusé par le juge quand le père prétendu le demande » (32) a déclaré la Cour suprême en 1959.

Mais cette position, tout à fait justifiée au fond puisqu'elle permet à la vérité de se manifester dans un domaine où le législateur la souhaite, risque d'avoir des conséquences fâcheuses sur le déroulement du procès. Elle risque d'être gênante non pas pour son issue mais pour la date de son issue (33). Il fallait éviter que la demande d'expertise sanguine ne devienne une manœuvre dilatoire.

Divers remèdes étaient concevables.

La première solution consistait à exiger que la demande soit formulée dès que le procès s'engage. Mais la Cour de cassation refusa sur ce point d'assimiler les fins de non-recevoir de l'article 340 à des exceptions. Elles peuvent être invoquées en tout état de cause (34) comme les défenses au fond.

Certes lorsqu'une telle « exception péremptoire » est ordonnée, diverses mesures permettent de la trancher rapidement. Les juges doivent statuer sur ce point avant de statuer sur le fond. Rien ne les empêche d'ordonner en même temps des mesures d'instruction concernant les fins de non-recevoir et les conditions de recevabilité (36). Lorsque les résultats de l'analyse seront connus, ils se prononceront dans la même décision sur la question préalable et sur le fond (37).

Néanmoins la date à laquelle l'expertise peut être sollicitée ne permet pas d'éviter le risque d'une manœuvre dilatoire.

La solution peut alors être recherchée dans une autre direction : devancer la demande éventuelle du défendeur en autorisant le tribunal ou la mère à la formuler. La Cour de cassation l'a admis en 1965 : « Aucune disposition légale n'interdit au juge d'ordonner, soit d'office, soit à la demande de la mère ou de l'enfant un tel examen » (38).

(32) Civ., 13 janv. 1959, D. 59, note HOLLEAUX, J.C.P., 59.10970, note P. E. ; Paris, 12 avr. 1957, D. 57.436 (5 ans s'étaient écoulés depuis la première assignation) ; Trib. civ. Saint-Brieuc, 17 déc. 1958, G.P., 59.1.118, sous-note.

(33) Le Garde des Sceaux, le 16 nov. 1967 (G.P., 17-20 févr. 1968) parlait, à propos de la longueur des délais pour obtenir la justice, de la « dérision qui s'attache à des arrêts qui ont perdu tout leur sens parce qu'ils arrivent trop tard... Les magistrats arrivent au but les mains vides ou encombrées d'un objet inutile ».

(34) Civ., 29 juin 1933, D.H., 33.474, G.P., 33.2.563 ; Civ., 17 déc. 1941, D.C., 42.113, note CARBONNIER, S. 44.1.117, note MOREL.

(35) C'est une formule souvent utilisée par la Cour de Cassation. Civ., 13 mars 1961, D. 61.285, note HOLLEAUX, G.P., 61.2.33, J.C.P., 62.12734, note ESMEIN ; Civ., 3 déc. 1962, J.C.P., 63, somm. 3 ; Civ., 22 janv. 1964, Bull. Cass., 64.30, G.P., 64.1.280 ; Civ., 9 juin 1964, Bull. Cass., 64.238, G.P., 64.2.335.

(36) Cass. civ., 17 juin 1957, Bull. Cass., 57.223.

(37) Parmi les arrêts les plus nets, citons Cass. civ., 13 oct. 1958, Bull. Cass., 58, n° 423 ; Cass. civ., 13 mars 1961 et 9 juin 1964, précités.

(38) Civ., 29 juin 1965, D. 66.20, note ROUAST J.C.P., 65.14422, rejetant le pourvoi contre Riom, 25 avr. 1962, J.C.P., 62.12734, note ESMEIN.

La Cour de cassation a ainsi pris parti dans ce débat capital dont l'enjeu est l'octroi aux magistrats de pouvoirs d'investigation plus étendus dans leur quête de la vérité (39).

La mère attend des résultats de cet examen différents avantages.

Sans même parler du cas où elle cherche à obtenir une preuve directe complémentaire de la paternité du défendeur (40), elle entend démontrer que sa demande ne heurte pas la vérité et elle veut surtout « écarter la menace d'un combat désespéré d'arrière-garde » (41).

Les avantages ainsi escomptés montrent bien que l'expertise change de caractère lorsqu'elle n'est plus demandée par le défendeur. Elle ne peut plus trouver d'appui direct dans l'article 340. Le texte déclare en effet l'action irrecevable — ce n'est pas le but poursuivi — « si le père prétendu établit par l'examen des sangs qu'il ne peut être le père de l'enfant » — ce n'est pas lui qui a l'initiative de la demande —. L'expertise n'est plus une fin de non-recevoir, même liée au fond, c'est « une simple mesure d'instruction » (42).

Ce changement de qualification permet de comprendre pleinement la position de la Cour suprême. Nous avons indiqué précédemment (43) les raisons pour lesquelles un juge est en droit d'office (et *a fortiori* à la demande d'une partie) d'ordonner une expertise pour fortifier sa conviction. Ces raisons sont d'autant plus déterminantes que depuis 1955 l'examen sanguin est une fin de non-recevoir à l'action : la recherche de la vérité est devenue légalement un des impératifs qui s'imposent aux tribunaux (44).

Il résulte de ce changement de qualification de l'expertise que le tribunal n'est pas obligé de faire droit à la demande de la mère. L'article 340 est sans application ici et la mesure n'est pas en elle-

(39) En faveur du pouvoir d'office du juge : Travaux préparatoires de la loi de 1955, *J.O., Documents parlementaires*, 1953, Assemblée nationale, annexe n° 6992, p. 1898 ; HOLLEAUX, note au D. 1959.45 ; ESMEIN, note au J.C.P., 62.12734.

Contra : Travaux préparatoires de la loi de 1955, *J.O. Documents parlementaires*, 1954, Conseil de la République (25 nov. 1954), p. 1950 ; DESBOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1961.664 et 1962.621 (mais avec des réserves).

(40) L'expert devrait rechercher quel degré de probabilité revêt la paternité du défendeur. Les résultats ne pourraient éventuellement être probants que si le père prétendu et l'enfant appartenaient à un même groupe sanguin peu répandu.

(41) DESBOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962.621.

(42) Cass. civ., 25 juin, précité.

(43) *Supra*, pp. 207 et suivantes.

(44) Voir Chambéry, 9 mai 1961, D. 61.398 : « Attendu que la loi du 15 juillet 1955... corrobore la jurisprudence récente tendant de plus en plus à faire prévaloir l'exigence de vérité sur le respect des fictions juridiques en utilisant des données biologiques scientifiquement reconnues. » La cour avait ordonné d'office l'expertise mais en prenant soin de demander au défendeur s'il acceptait cette mesure.

même nécessairement pertinente, à la différence de ce qui se passait avant 1955 lorsque le père prétendu la sollicitait (45).

Enfin, l'examen « peut être prescrit à tout moment et notamment avant qu'il soit prononcé sur les causes d'ouverture à action » (46). Il n'est pas nécessaire que la mère ait déjà établi la vraisemblance de ses prétentions. Concrètement, elle pourra par exemple demander en même temps une expertise sanguine et une enquête tendant à prouver le concubinage. Inversement si les conditions de recevabilité de l'action ont déjà été démontrées, il n'est pas trop tard pour solliciter l'expertise. Dans les deux cas cette mesure s'analysera de la même manière.

Cette solution consistant à autoriser plusieurs personnes à demander l'expertise ne permet cependant pas vraiment de paralyser une ultime tentative du défendeur. Les magistrats éviteront de l'ordonner si la paternité leur semble évidente et si l'attitude du défendeur leur fait penser qu'il ne sollicitera pas cette mesure. Mais ils peuvent se tromper...

Finalement, les magistrats pouvaient s'orienter dans deux directions pour éviter de retarder l'issue du procès : ou bien exiger que l'analyse des groupes sanguins soit demandée *in limine litis* — toute manœuvre dilatoire aurait alors été impossible, mais au détriment peut-être de la vérité si le défendeur avait été mal conseillé ou trop hésitant — ou bien autoriser la mère à solliciter la mesure — rien ne serait alors perdu pour la vérité une fois échangées les premières conclusions, — mais le procès serait peut-être plus long.

Selon que le souci de l'accélération de la justice l'emportait ou non sur celui de la vérité, c'est l'une ou l'autre solution qui devait prévaloir. La jurisprudence a préféré faire prévaloir le souci de la vérité (47).

L'analyse comparée des groupes sanguins se présente donc sous deux aspects différents : sollicitée par le défendeur, c'est une fin de non-recevoir — mais déjà une fin de non-recevoir liée au fond — ; prescrite par le tribunal d'office ou à la demande de la mère, c'est une simple mesure d'instruction.

Dans la première hypothèse, la loi de 1955 n'a pas fondamentalement favorisé la manifestation de la vérité puisque même avant cette date l'expertise demandée ne pouvait être refusée. Son effet principal a été d'éviter parfois rapidement un procès sans fondement.

(45) Cass. civ., 15 oct. 1956, D. 57.51, J.C.P., 56.9653.

(46) Cass. civ., 29 juin 1965, précité.

(47) L'expertise est, paraît-il, d'un usage courant devant la cour de Paris. HOLLEAUX, note au D. 1953.445.

Dans la seconde hypothèse, l'attitude des tribunaux s'avère plus intéressante : elle confère aux magistrats des pouvoirs plus étendus afin d'assurer au procès, par voie d'autorité, une issue plus conforme à la vérité.

Tel est bien le sens du grand mouvement qui parcourt la jurisprudence et la doctrine : la recherche de la vérité est l'idéal qui anime ceux qui sont chargés de rendre la justice. On conçoit de plus en plus mal la dissociation de ces deux objectifs : vérité et justice. Pour parvenir au but souhaité, on élargit les conditions de recevabilité de l'action, et on restreint l'application des fins de non-recevoir qui ne tendent pas à écarter de manière absolue la paternité du défendeur. Nous croyons même que, tout en respectant l'esprit des textes, l'évolution pourrait encore être poussée plus loin : les tribunaux prennent de plus en plus en considération la date effective de conception de l'enfant, mais ils n'osent encore utiliser dans ce domaine toutes les ressources de la science médicale.

Nous avons ainsi achevé l'étude des conditions de recevabilité et des fins de non-recevoir de l'article 340. Un lien les unit : elles prennent toutes racine dans la vraisemblance de la paternité.

Ces conditions de succès de l'action devraient être les seules (48) si notre législation était uniquement soucieuse de vérité. Mais bien d'autres données se joignent à celle-ci : la protection de la famille légitime, celle de la paix sociale, le désir d'éviter des conflits de paternités, le parti pris de la non-ingérence du ministère Public dans les questions d'état sont autant de causes d'irrecevabilité de l'action indépendantes de la réalité du lien de filiation.

Certaines de ces causes, communes à l'établissement judiciaire ou extra-judiciaire de la filiation naturelle, ont été déjà étudiées : l'article 342 *bis* interdit toute reconnaissance judiciaire ou volontaire d'un enfant dont l'état est déjà établi par ailleurs au profit d'une autre personne du même sexe (49). Les autres causes d'irrecevabilité sont propres à l'action en déclaration de paternité naturelle. Au premier rang d'entre elles figure l'article 342 C. civ. interdisant la proclamation en justice d'une filiation incestueuse ou adultérine (50). Toute action d'état est interdite à l'enfant conçu par un homme marié mais né d'une femme autre que son épouse. Cette prohibition, ainsi que les palliatifs qu'elle a entraînés, fera l'objet de notre deuxième partie.

(48) Etant bien entendu que la tâche de la demanderesse ne se limite pas à l'établissement d'un cas d'ouverture.

(49) Signalons ici aussi l'article 337 : sans interdire la reconnaissance, il restreint dans certaines conditions les droits des enfants naturels dont la filiation résulte d'une reconnaissance intervenue à une époque où le parent est engagé dans les liens d'un autre mariage.

(50) Sauf en cas de légitimation (article 331).

Nous n'envisagerons donc dans ce troisième chapitre que les obstacles de procédure susceptibles d'entraver la marche du procès : quelles personnes peuvent être demanderesses et défenderesses au procès : leur nombre est-il limité ? Dans quels délais introduire l'action ? Quelle est sa cause : la paternité, ou bien suivant les cas, le viol, le concubinage notoire, etc... ?

CHAPITRE III

Le souci de la vérité dans la solution donnée par les tribunaux aux problèmes de procédure.

N'importe qui ne peut pas, à n'importe quel moment, y eût-il intérêt, intenter une recherche de paternité naturelle contre un individu déterminé.

Tout d'abord les principes de procédure communs à toutes les actions en justice doivent évidemment être respectés (compétence territoriale du tribunal, délais d'appel, etc....). Dans la mesure où l'application de ces principes à notre matière ne soulève pas de problème particulier, nous ne nous en occuperons pas. Mais il est un point sur lequel nous devons nous arrêter car le système de droit commun a été aménagé de façon à permettre une plus large apparition de la vérité : l'unité ou la diversité des causes de l'action est alternativement admise selon que telle ou telle conception favorise le succès de l'action.

De plus, le Code civil a formulé des exigences particulières à l'action de l'article 340. Etant donné que par hypothèse elles ne concernent pas le fond du problème, c'est-à-dire l'absence ou l'existence du lien de filiation, il est à prévoir qu'elles risquent de créer devant la manifestation de la vérité un obstacle supplémentaire : elles constituent en effet bien souvent une aggravation des solutions du droit commun (la qualité de demandeur est parcimonieusement accordée, les délais sont particulièrement brefs).

Nous étudierons en trois sections les trois problèmes soulevés : l'attribution de la qualité de demandeur ou de défendeur, la conception souple des causes de la demande et la difficulté d'élargir les délais impératifs.

SECTION I

LES PROBLEMES RELATIFS A LA QUALITE DE DEMANDEUR
OU DE DEFENDEUR

Une action en recherche de paternité naturelle présente un caractère éminemment personnel. L'intimité de deux personnes ne doit être révélée que si un événement grave l'impose. La naissance d'un enfant constitue sans aucun doute cet événement grave; mais il importe, telle est du moins la conception du Code civil français, que seuls les intéressés au sens le plus strict du terme puissent en faire état.

Il est donc clair, de prime abord, que le caractère personnel de l'action ne favorise pas la manifestation de la vérité. Toutefois ce principe, qui va guider les développements de cette section, doit subir quelques tempéraments.

Tout d'abord, la déclaration judiciaire de paternité présente d'autant plus d'intérêt qu'elle est intentée immédiatement après la naissance. Or, à cette époque, le demandeur est toujours un mineur, et le défendeur risque aussi de n'avoir pas atteint 21 ans. Les règles de représentation des incapables doivent donc se combiner avec celles qui réservent en principe à l'enfant et au père prétendu le droit de figurer à l'instance. Cette combinaison des principes s'est faite dans un sens favorable à la vérité. Nous verrons en effet successivement que d'assez larges facilités ont été accordées à la mère demanderesse et que la participation personnelle à l'instance du défendeur mineur a été jugée nécessaire.

La troisième question envisagée concernera l'hypothèse où le père prétendu est décédé. L'action restera possible malgré son caractère en principe strictement personnel, mais la manifestation de la vérité risquera cependant d'être entravée par certains obstacles techniques.

§ 1. — Les facilités données à la mère demanderesse.

« L'action n'appartient qu'à l'enfant » déclare l'article 340. Il est seul à jouir de ce droit qui, par conséquent, s'éteindra avec lui. L'action de ses héritiers serait irrecevable (1).

Mais l'enfant, titulaire exclusif de cette prérogative, ne pourra la mettre en œuvre qu'à sa majorité. Lorsqu'il est mineur, la mère « a

(1) Trib. civ. Vienne, 6 mars 1924, G.P., 24.1.716; Orléans, 26 nov. 1941, D.A., 42, somm. 7.

Contra : Alger, 29 oct. 1924, G.P., 25.1.381, D. 25.2.91, note LALOU.

seule qualité » pour intenter l'action, avec une exception toutefois pour le cas où, soit elle n'a pas reconnu l'enfant, soit elle est décédée, interdite ou absente. L'article 340 précise encore qu'elle agira seule, même si elle est mineure : une demande émanant de son père ou de son mari serait donc vouée à l'échec (2). De même, lorsque l'enfant est parvenu à sa majorité, le droit de la mère est éteint (3).

Le nombre de personnes pouvant faire apparaître la vérité est par conséquent restreint, tant sur le plan de la jouissance du droit, que sur celui de son exercice.

La jurisprudence fait heureusement preuve de souplesse dans l'application de ces principes pour faciliter à la mère l'établissement rapide de la vérité. La demande formulée par la mère, avons-nous dit, est irrecevable si la filiation maternelle n'est pas établie. Mais étant donné le caractère déclaratif de cette reconnaissance, elle peut valablement intervenir en cours d'instance puisqu'elle rétroagit au jour de la naissance (4).

D'autre part, la mère doit agir au nom de l'enfant, et non pas en son nom propre. Or si elle omet de préciser en quelle qualité elle prend part au procès, il suffit qu'aucun doute n'existe sur ses intentions pour valider la procédure (5). Et même, lorsque la demanderesse réclame personnellement des dommages-intérêts dans une instance tendant par ailleurs à faire déclarer la paternité de son amant, on présupera qu'elle agit sur ces deux points avec des qualités différentes (6).

Les principes sont donc stricts mais leur mise en œuvre se fait de manière assez accommodante. Les tribunaux réagissent en général ainsi en présence d'une règle dont la rigidité ne leur paraît pas souhaitable.

(2) Pour le mari : Cass. civ., 6 oct. 1953, J.C.P., 53.7853, S. 54.1.107, G.P., 53.2.383 ; pour le père : Paris, 22 déc. 1960, D. 61.155.

(3) Avant 1912, lorsque les tribunaux appliquaient les règles de la responsabilité civile, la mère pouvait seule réclamer une compensation pécuniaire. Mais déjà, en cas de promesse d'entretien, l'enfant pouvait demander l'exécution de l'engagement.

(4) Cass. civ., 13 mai 1958, Bull. Cass., 58.391 ; Cass. civ., 29 avr. 1960, D. 60.381, note HOLLEAUX, J.C.P., 60.11690, note NERSON (la reconnaissance avait eu lieu en appel).

(5) Cass. civ., 14 janv. 1930, G.P., 30.1.501. L'ensemble des écritures versées aux débats éclairera le tribunal. Cass. civ., 14 févr. 1932, S. 32.1.181, G.P., 32.1.181.

(6) Cass. civ., 22 oct. 1935, G.P., 35.2.795 ; V. aussi Cass. Req., 18 mars 1925, D.H., 25.290 (au sujet de la possibilité d'apporter cette précision en cours d'instance).

§ 2. — La participation personnelle à l'instance du défendeur mineur.

En règle générale, c'est le père prétendu, défendeur, qui opposera lui-même à la mère ou à l'enfant tous les arguments qui seront à même de contredire leurs prétentions. L'établissement de la vérité ne peut qu'en être facilité. Mais il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les principes juridiques paraissent s'opposer à ce que le père prétendu participe lui-même au débat, ce qui ne serait évidemment pas favorable à la manifestation de la vérité. Il s'agit avant tout du cas où le père prétendu est un mineur non émancipé (7). La faculté de procréer naît de nombreuses années avant la majorité civile : le père prétendu sera-t-il alors tenu à l'écart du procès ? Contre qui intenter l'action ? Si le mineur est sous le régime de l'administration légale, l'action sera intentée par celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle, avec l'autorisation du conjoint ou du juge des tutelles (8). Si le mineur est placé sous le régime de la tutelle (9) l'action sera exercée par le tuteur autorisé par le conseil de famille.

Aucune disposition spéciale à notre matière ne modifie ces solutions générales. Qui plus est, la mère, même mineure, a seule qualité pour intenter l'action (art. 340). Un aménagement parallèle n'étant pas intervenu lorsque le défendeur est dans la même situation, la doctrine classique a trouvé dans ce silence une raison supplémentaire pour décider que l'action devait être engagée contre le représentant légal du père prétendu (10).

On ne peut cependant s'empêcher de considérer comme curieuse cette absence du mineur. Certes, tous les arguments utilisés par le tuteur lui auront été suggérés par l'incapable et le tribunal peut toujours d'office ordonner une enquête lui permettant d'entendre le père prétendu (11). Mais, précisément, n'est-il pas préférable pour les juges d'être tenu au courant directement plutôt que par l'intermédiaire d'un représentant légal ? Il est vrai que cet argument serait valable pour un grand nombre de procès, chaque fois que le mineur

(7) S'il est émancipé il peut intenter lui-même l'action ou bien y être défendeur, art. 481, C. civ. (L. 14 déc. 1964) : « Le mineur émancipé est capable, comme un majeur de tous les actes de la vie civile. »

(8) Art. 389.5 et 389.6 C. civ.

(9) Art. 464 *in fine* C. civ.

(10) PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 920 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol., n° 412 ; GAUDEMET, Rev. trim. dr. civ., 1933.865 ; LAGARDE, Rev. trim. dr. civ., 1949.406 ; SAVATIER, *op. cit.*, n° 76, et note au D. 1949.170 sous Poitiers, 10 janv. 1949. Trib. civ. Les Sables-d'Olonne, 5 avt. 1935, G.P., 35.2.56.

(11) Pour une comparaison de l'intéressé, V. Cass. civ., 3 févr. 1959, Bull. Cass. 59.54.

a eu personnellement connaissance de certains faits. Mais ici, plus qu'en toute autre matière, le caractère hautement intime et personnel des faits contestés rend particulièrement souhaitable cette solution. D'ailleurs un mineur peut reconnaître volontairement son enfant, alors pourtant qu'il n'est habilité par aucun texte à procéder personnellement à cet acte juridique (12). Le souci de la vérité qui justifie partiellement cette dérogation aux principes doit conduire à une solution identique lorsque la déclaration de paternité est demandée aux tribunaux. Une meilleure connaissance des faits de la cause, partant une décision plus conforme à la réalité, en résultera sans doute.

La Cour de cassation s'est ralliée en 1957 (13) à la jurisprudence des juges de fond (14) appuyée sur une partie de la doctrine (15). Le mineur doit être personnellement partie à l'instance « en présence de son représentant légal ». La Cour suprême reprend les arguments de la cour d'appel : « l'action en déclaration de paternité implique de la part du père prétendu trop d'appréciations personnelles d'ordre intime et moral pour qu'il soit tenu à l'écart ». Les principes traditionnels ont été infléchis dans un souci de réalisme et de vérité. Ils devraient l'être « a fortiori » lorsque de cette adaptation dépend la recevabilité même de l'action.

§ 3. — La possibilité de l'action au cas de décès du père prétendu.

La jurisprudence et la doctrine admettent aujourd'hui (16) unanimement que le décès du père prétendu n'est pas une fin de non-recevoir à l'action (17). L'article 340 ne précise pas que le père prétendu a seul qualité pour tenir le rôle de défendeur dans une

(12) Comparer le nouvel article 389.3 : « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. » (C'est nous qui soulignons le mot « usage ».)

(13) Civ., 8 janv. 1957, J.C.P., 57.9903, note de MONTERA, D. 57.464, G.P., 57.1.421. En conséquence, l'appel interjeté par le tuteur seul serait irrecevable.

(14) Trib. civ. Clamecy, 5 mai 1933, S. 33.2.167, G.P., 33.2.221 ; Trib. civ. Nancy, 31 oct. 1934, G.P., 34.2.89 (seul le mineur doit être défendeur) ; Poitiers, 10 janv. 1949, D. 49.170, note SAVATIER, S. 50.2.20 ; Paris, 14 janv. 1955, S. 55.180 (le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté le 8 janv. 1957).

(15) CARBONNIER, note au D. 1935.1.52 sous Cass. civ., 31 oct. 1934 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1881 ; MAZEAUD, t. I, 2° vol., n° 980 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 569, n° 76.

(16) *Contra* : les déclarations de M. Violette lors des débats préparatoires de la loi de 1912. Son opinion était cependant demeurée isolée. S. 1912-1915.444, 1^{re} colonne.

(17) Cass. civ., 20 févr. 1917, D. 17.81, S. 17.1.73 ; Cass. Req., 6 déc. 1933, D.H., 34.35, G.P., 34.1.310 ; Trib. civ. Seine, 16 oct. 1951, G.P., 52.1.42 ; V. aussi les arrêts cités *infra*.

instance tendant à faire déclarer sa paternité. Le droit commun doit donc recevoir application : les droits et obligations se transmettent aux héritiers. Le caractère personnel de l'action est suffisamment marqué pour que la présence du père à l'instance soit souhaitable, mais non pour qu'elle soit toujours indispensable.

Deux difficultés peuvent surgir : il n'existe aucun héritier ou bien ils ont renoncé à la succession de leur auteur. La mère se verra-t-elle dans l'impossibilité juridique de faire établir la paternité du « de cujus », alors qu'elle peut avoir en mains des preuves déterminantes de la réalité du lien de filiation ? Les auteurs et les tribunaux s'efforcent de trouver des solutions permettant d'éviter cet étouffement de la vérité.

Lorsqu'un homme sans famille décède sans laisser de testament (18), les tribunaux dévient au curateur à la succession vacante le droit de défendre au procès car il est « étranger au "de cujus" et à l'hérédité » (19). Une partie de la doctrine suggère alors que l'enfant s'adresse par requête au tribunal (20).

Le problème ne se pose pas exactement de la même manière lorsque le père prétendu a laissé des héritiers qui ont renoncé à la succession. Certes, ce geste manifeste leur désir de rester étranger au patrimoine du « de cujus ». Mais leur appartenance au groupe familial n'en a pas pour autant disparu.

Le désir de sauvegarder une réputation, et peut être un nom, contre une action qui ne serait pas fondée justifie leur présence à l'instance.

Il est certain toutefois que les tribunaux hésiteront à imposer la charge d'un procès à des parents éloignés qui connaissaient à peine le « de cujus » et n'avaient jamais eu conscience d'appartenir à la même communauté familiale (21). De nombreuses juridictions du fond admettent cependant que pour défendre un patrimoine moral on appelle

(18) Un légataire universel pourrait être défendeur : Trib. civ. Le Havre, 18 févr. 1913, G.P., 14.1.342 ; Cass. civ., 27 mars 1918, D. 19.1.21 (mais ce point ne faisait pas l'objet d'un pourvoi), de même pour le conjoint à une époque où il n'était encore que successeur irrégulier : Cass. Req., 6 déc. 1933, G.P., 34.1.340, rejetant le pourvoi contre Dijon, 29 déc. 1931, G.P., 32.1.488.

(19) Trib. civ. Nantes, 26 juill. 1922, G.P., 23.1.34 ; Trib. civ. Casablanca, 12 mai 1948, D. 48.483 — pour un administrateur séquestre : Cass. civ., 30 déc. 1953, Bull. Cass., 53.322.

(20) SAVATIER, *op. cit.*, n° 77 ; LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1933.862 (865). Le ministère public agirait-il alors comme partie principale ? Ou la chambre du conseil statuerait-elle en matière gracieuse ?

(21) ROUAST, *Rev. crit. lég. jur.*, 1924.74 ; HARDOUIN, *Rev. crit. lég. jur.*, 1938.461.

à l'instance des héritiers renonçants (22). La Cour de cassation n'a pas eu à statuer sur cette question (23).

Réserver l'action à l'enfant est une position raisonnable. C'est lui le principal intéressé et s'il n'agit pas son abstention doit être respectée car elle procède sans doute de motifs personnels hautement valables. Le souci de la vérité doit céder devant certaines exigences de la liberté individuelle.

Mais lorsque l'enfant (ou sa mère s'il est mineur) a pris la décision de rechercher en justice son père, il est anormal que son initiative soit entravée par des circonstances indépendantes de sa volonté (décès du père prétendu).

D'ailleurs, d'une manière générale, tous les obstacles procéduraux sont vus avec défaveur par les parties de bonne foi, dans la mesure où pour des non juristes il paraît illogique qu'une raison étrangère à la manifestation de la vérité ait pour effet d'interrompre, peut-être définitivement, le cours de l'action.

La jurisprudence a heureusement essayé de pallier les inconvénients d'une procédure trop rigide, et c'est ainsi qu'à propos de la cause de la demande elle a réussi à aménager des solutions qui tiennent le plus grand compte de la réalité.

SECTION II

LES FACILITES D'AGIR RESULTANT DE LA CONCEPTION JURISPRUDENTIELLE DES CAUSES DE LA DEMANDE

Y a-t-il une seule action en recherche de paternité, chacun des cas d'ouverture étant de simples moyens mis au service d'une cause unique, ou bien doit-on considérer chaque condition de recevabilité comme suffisamment autonome pour former, à elle seule, un cas de recherche de paternité (l'article 340 grouperait alors cinq cas différents de recherche de paternité) ?

(22) Lyon, 30 juin 1921, G.P., 21.2.364 ; Trib. civ. Nantes, 26 juill. 1922, G.P., 23.1.311 ; Trib. civ. Fontainebleau, 2 mai 1923, D. 26.2.61. G.P., 25.2.736, sous l'arrêt confirmatif Paris. 27 oct. 1925 ; Trib. civ. Rennes, 30 juin 1926, G.P., 26.2.605 ; Paris, 11 févr. 1933, G.P., 33.1.790 ; R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 77 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1882.

Contra : Dijon. 29 déc. 1931, précité, GAUDEMET, Rev. trim. dr. civ., 1926.122, Rev. trim. dr. civ., 1933.862.

(23) Art. 520 avant-projet de réforme du Code civil : « L'action en recherche de paternité est intentée contre le père prétendu ou contre ses héritiers, même renonçants. »

Si l'on admet que la cause unique de toute recherche judiciaire de paternité est l'existence du lien de filiation, l'aveu, le concubinage ou la séduction pourront être relevés en tout état de cause, même d'office, par le juge et le demandeur pourra invoquer en appel n'importe lequel de ces faits même s'il ne l'a pas fait en première instance. Mais en revanche, si la mère a été déboutée lorsque son enfant était en bas âge, celui-ci ne pourra plus rien faire à sa majorité puisque, par hypothèse, toutes les conditions de recevabilité auront été examinées par le juge du fond et rejetées.

La Cour de cassation s'est prononcée pour l'indépendance des causes d'ouverture de l'action (24). Cette solution favorisera finalement la manifestation de la vérité, même si dans certains cas, comme nous le verrons, elle la gêne provisoirement.

L'action de l'enfant devenu majeur, ou même celle de la mère, se trouve parfois incontestablement facilitée. La chambre civile, en 1953 (25), a autorisé l'enfant à agir sur le fondement de la participation à l'entretien alors que sa mère avait été antérieurement déboutée en invoquant la séduction dolosive. L'enfant, selon la cour régulatrice, « s'est fondé sur une cause différente ». L'exception de chose jugée aurait pu être invoquée si la cause de la recherche de paternité était la même dans tous les cas et il est essentiel de noter qu'alors la recherche de la vérité aurait été irrémédiablement compromise. Au contraire, désormais, le rejet d'une première action ne met pas définitivement le défendeur à l'abri de toute poursuite. Il n'est pas inconcevable d'imaginer que le véritable père, fier de son premier « succès », avoue par exemple ultérieurement, ne serait-ce que par vantardise, sa paternité. Une instance fondée sur cet aveu sera incontestablement recevable (si du moins le premier procès ne reposait pas déjà lui aussi sur un aveu, car dans cette hypothèse surgirait alors un délicat problème que la jurisprudence n'a pas tranché (26).

(24) Cass. civ., 18 févr. 1930, S. 31.141, note GÉNY, D.H., 30.192, Cass. civ., 10 mars 1953, J.C.P., 53.7601, note J. SAVATIER.

(25) Civ., 10 mars 1953, précité.

(26) La question ne peut se poser qu'à propos de l'aveu ou de la participation à l'entretien car ces deux situations sont évolutives, elles ne sont pas définitivement fixées à l'expiration de la période légale de conception. V. en doctrine : J. SAVATIER, note au J.C.P., 1953.7601, précité ; LEVASSEUR, J. Cl. civ., art. 3331-342, n° 111. Notons qu'en matière de divorce l'époux débouté peut saisir de nouveau la justice si postérieurement à une réconciliation, des griefs nouveaux sont intervenus (Cass. civ., 7 févr. 1950, D. 50.348 ; Cass. civ., 20 févr. 1950, D. 50.299, S. 50.1.159). L'incertitude au sujet de la solution qui serait admise en matière de filiation affermit notre position : l'indépendance des divers cas d'ouverture favorise la vérité. En effet, l'unité des causes de la demande aurait peut-être empêché définitivement l'action de l'enfant si son père avait participé à son entretien après le rejet de l'action de la mère.

La solution de 1953 n'est pas seulement précieuse pour l'enfant, elle l'est aussi pour la mère, qui pourra agir successivement sur des bases différentes (27).

L'intérêt pour elle est cependant moins grand et cela pour deux raisons. Ou bien le défendeur tarde longtemps avant de « se trahir » et les délais impartis pour agir seront expirés. Ou bien il fournit tout de suite à la mère un autre motif pour son action (28) et elle pourra invoquer en appel cette nouvelle cause. En effet, depuis un décret-loi du 30 octobre 1935, on peut faire valoir en appel un cas d'ouverture autre que celui invoqué en première instance.

Mais l'indépendance des causes de l'action n'est-elle pas parfois néfaste à l'apparition de la vérité?

La Cour de cassation a décidé par exemple en 1930 (30) que lorsqu'une correspondance est invoquée pour prouver la séduction, le juge ne peut en déduire un aveu de paternité. Il ne peut pas rectifier l'erreur commise par le plaideur et rétablir la vérité formelle.

Cette interdiction n'est pas à l'abri des critiques. Il est traditionnellement reconnu aux magistrats le pouvoir de changer la qualification des faits proposés (31). La cour de Paris (32) a suggéré quant à elle de reprendre ici la distinction, condition de recevabilité-moyen de preuve au fond, dont la Cour de cassation a fait dans un domaine proche une application très nette (33) : lorsque le point de départ du délai accordé pour engager la procédure est reculé, la demanderesse pourra invoquer à l'appui de son action, non seulement la participation à l'entretien de l'enfant ou le concubinage notoire, mais encore toutes les autres circonstances prévues par l'article 340.

(27) Montpellier, 7 déc. 1954, D. 56, somm. 21.

(28) L'hypothèse serait, bien sûr, la même si la mère se rendait compte au cours du premier jugement qu'elle dispose d'un autre cas d'ouverture pour aboutir à ses fins.

(29) Ce décret-loi constitue l'alinéa 3 de l'art. 464 C. pr. civ. : en cause d'appel « ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents ».

Avant 1935, la jurisprudence estimait qu'il y avait dans cette hypothèse demande nouvelle. Cass. Req., 29 oct. 1934, D.P. 35.1.17, note MIMIN. *Contra* : Cass. civ., 12 nov. 1935, D.H. 36.1, J.C.P., 36.208, rendu sous l'empire de la législation antérieure au 30 octobre 1935.

V. quelques décisions récentes : Paris, 25 nov. 1955, G.P., 56.1.76 ; Paris, 23 juin 1955, D. 55.742, note ROUAST, J.C.P., 56.9074, note SOUDÉ. G.P., 56.1.76.

(30) Cass. civ., 18 févr. 1930, S. 31.1.41, note GÉNY.

(31) C'est sur ce fondement que M. R. B. (J.C.P., 1964, 13601) prend position en faveur de la possibilité pour le juge d'agir d'office ; V. aussi DESBOIS, note Rev. trim. dr. civ., 1964.712.

(32) Paris, 11 févr. 1964, J.C.P., 64.13601, note R. B.

(33) Civ., 18 juill. 1929, D.H., 29.507 ; Civ., 22 févr. 1960, G.P., 60.1.305.

A vrai dire, l'inconvénient que présente l'arrêt de 1930 pour la manifestation de la vérité n'est pas aussi grave qu'on pourrait le redouter. Il suffit, pour l'éviter, de viser dans l'exploit introductif d'instance tous les cas de l'article 340 (34).

Si cette rédaction habile est omise, les plaideurs changeront en appel la qualification des faits, ou même intenteront une nouvelle instance sur une autre cause. Les magistrats eux-mêmes les aident parfois à mieux formuler leurs prétentions.

Le ministère Public « a toujours le droit de produire aux débats tous documents qu'il estime propres à éclairer le tribunal. Il a non seulement le droit, mais le devoir de faire tout ce qui est en son pouvoir pour contribuer à faire la lumière sur le litige » (35). Il pourra par conséquent suggérer à l'enfant l'idée d'invoquer un autre cas d'ouverture lorsque les faits sur lesquels s'appuierait alors la demande sont issus des pièces du dossier débattues contradictoirement.

De plus, rien n'empêche un tribunal, quel que soit l'alinéa de l'article 340 invoqué et afin d'étayer plus solidement sa conviction, d'ordonner une enquête ayant pour but de rechercher par exemple si les deux amants ont vécu en concubinage notoire à l'époque de la conception. Si cette enquête fournit des résultats positifs, la demanderesse ne manquera pas en appel d'invoquer l'article 340 4° (36).

Ainsi, même dans l'hypothèse sur laquelle a statué la Cour de cassation en 1930, la vérité ne sera pas, en définitive, résolument écartée.

La conception de l'indépendance des causes, si elle peut, provisoirement, gêner la vérité, la favorise au contraire de façon décisive dans une hypothèse (celle de l'arrêt de 1953) où la conception contraire empêcherait pour toujours sa manifestation.

Le véritable obstacle à la proclamation du lien de filiation paternelle ne réside donc pas dans la conception jurisprudentielle des causes de la demande. Il résulte en revanche bien souvent de la brièveté des délais accordés pour agir.

(34) C'est ce qu'avaient fait les demandeurs dans deux instances jugées par la Cour de Paris (25 nov. 1955, G.P., 56.1.76 ; 11 févr. 1964, J.C.P., 64.13.601, note R. B.). En décidant que le juge pouvait d'office fonder sa décision sur n'importe quelle hypothèse de l'article 340, cette cour n'a donc pas heurté la position de la cour suprême. Celle-ci a d'ailleurs rejeté le pourvoi contre l'arrêt de 1955 en se fondant précisément sur la généralité des termes de l'assignation (Cass. civ., 5 nov. 1957, D. 58.149, J.C.P., 58.10503).

(35) Paris, 23 juin 1955, J.C.P., 56.9064, note SOUDÉ, D. 55.742, note ROUAST.

(36) Cass. civ., 26 févr. 1964, Bull. Cass., 64.87 (qui n'est pas un arrêt de principe).

SECTION III

LA QUASI-IMPOSSIBILITE
D'ELARGIR DES DELAIS IMPERATIFS

Que l'action soit intentée par l'enfant ou par sa mère agissant en son nom, elle est enfermée dans des délais très brefs : un an dans un cas, deux ans dans l'autre. Le législateur a été guidé, suivant la formule de la Cour de cassation, « par des motifs d'intérêt public qui se rattachent au repos et à l'honneur des familles, en même temps qu'à la difficulté de la preuve » (37).

L'intérêt de la société passe donc avant celui de l'enfant (38). Il faut éviter que d'honnêtes familles ne restent longtemps sous la menace d'une action infamante. On admet que la lumière soit faite sur la filiation d'un enfant, mais on s'efforce de tout faire rentrer dans l'« ordre » aussi rapidement que possible. Si l'enfant ou son représentant n'a pas agi dans le temps fort bref qui lui est imparti, n'est-ce pas que l'honnêteté de toute personne qui aurait pu redouter d'être assignée en recherche de paternité naturelle, est hors de soupçon, au grand soulagement du corps social?

La page est ainsi tournée: l'enfant n'a pas agi : donc sa demande aurait été mal fondée. Quelle hypocrisie cependant dans ce raisonnement ! A la limite, on pourrait arriver à penser que l'institution des délais favorise la vérité...

En réalité, le but poursuivi est la limitation du nombre des actions en recherche de paternité naturelle. « En rendant prescriptibles ces actions, disait M. Guillier lors des travaux préparatoires de la loi de 1912, on déroge aux règles ordinaires du droit, *pour diminuer les contestations* » (39). Il ne serait pas honnête de passer sous silence cet objectif en le masquant sous couvert de l'ordre public et de la paix des familles. Ce double fondement traditionnel est d'ailleurs bien faible et en tout cas ne nous satisfait plus aujourd'hui.

L'ordre public : il est certain qu'en 1912, on considérait volontiers que toute recherche de paternité naturelle portait en soi un trouble à la société qu'il convenait de juguler. Comme si l'ordre public pouvait

(37) Formule fréquemment utilisée depuis. Cass. civ., 7 mai 1923, D. 23.1.574, 4^e espèce, S. 24.1.139, note HUGUENEY. V. par exemple : Cass. civ., 18 nov. 1953, J.C.P., 54.8303, Weill.

(38) GUILLIER : « Cette innovation (les délais n'existaient pas avant 1912) nous est commandée par l'intérêt des familles et celui du défendeur », S. 1911-1915.446, 2^e colonne.

(39) C'est nous qui soulignons. S. 1911-1915.446, 2^e colonne.

s'identifier au « statu quo » ! Comme si la paix pouvait exister lorsque quelqu'un se dresse pour réclamer justice et vérité !

Quant à l'argument tiré du repos des familles ou de la difficulté de la preuve comment serait-il suffisant, alors que l'enfant devenu majeur peut lui-même intenter l'action ! Le risque d'un procès qui avait disparu depuis 19 ans resurgit alors et les preuves seront beaucoup plus difficiles à réunir pour le demandeur. La nécessité de laisser malgré tout une certaine place à la vérité explique cette résurgence de l'action, ne serait-ce que pour pallier la négligence plus ou moins coupable de la mère.

Certes, l'absence de tout délai constituerait une menace permanente pour celui qui a eu des relations sexuelles avec une femme ayant mis au monde un enfant huit ou dix mois plus tard. Le principe même du délai trouve ici sa moins mauvaise justification, bien que l'on doive remarquer que ces mêmes raisons appliquées à la recherche de paternité n'ont jamais prévalu (40). Mais cette menace ne favoriserait-elle pas des reconnaissances volontaires ? Alors que, actuellement, l'amant place tous ses espoirs dans l'arrivée du terme qui leur permettra, pendant 19 ans, d'espérer échapper à ses responsabilités.

Quoi qu'il en soit, le droit positif admet des délais et même des délais forts brefs. C'est donc seulement dans leur mise en œuvre que l'on peut apprécier si les tribunaux sont animés d'abord par le souci de la vérité. Or précisément la tendance générale de la jurisprudence est d'interpréter strictement les textes, apportant ainsi aux difficultés qui lui sont soumises les solutions les moins conformes à la vérité. Cette sévérité est surprenante car l'étude des conditions de recevabilité nous avait conduit à une conclusion différente. Faut-il en rechercher l'explication dans la rigidité des textes eux-mêmes ? Nous ne le pensons pas, et nous le montrerons en établissant notamment au passage un parallèle entre les délais du désaveu de paternité légitime et ceux de l'action en recherche de paternité naturelle. Nous traiterons successivement du point de départ des délais de l'article 340 et de leur prorogation.

(40) L'HOSPIED, « Etude sur la recherche de paternité en droit comparé », 1914, p. 356 : « L'honneur d'une femme aurait-il moins besoin de protection que l'honneur d'un homme ?... Nous croirions volontiers qu'il faut voir la raison de cette anomalie dans ce fait que la recherche de la paternité est... une nouveauté, une innovation. La recherche a été interdite pendant longtemps ; brusquement on l'autorise. Or, les esprits n'y sont pas encore préparés : certains seraient tentés d'abuser de la réforme. »

(41) Le concubinage n'a plus le même caractère que lorsqu'il est invoqué à titre de condition de recevabilité. L'infidélité de la femme (Trib. civ. Dijon, 29 juin 1925, G.P., 25.2.533) et le mariage de l'amant (Cass. Req., 6 mars 1944, D. 45.3, note VOIRIN) importent peu. Il devrait en être de même de la notoriété, cf. VOIRIN, note précit.

§ 1. — Point de départ et brève durée des délais.

Le Code civil a aménagé deux régimes différents selon la personne qui intente l'action.

L'enfant dispose d'un délai d'un an qui commence à courir au jour de sa majorité.

La mère dispose d'un délai de deux ans qui commence à courir en principe au jour de l'accouchement. Mais le point de départ peut en être reculé chaque fois que le père prétendu participe à l'entretien de l'enfant ou maintient sa liaison avec la mère. Matériellement et dans l'immédiat, une action en justice ne procurerait sans doute à la demanderesse aucun avantage supplémentaire. Moralement, les liens qui l'unissent à son amant l'empêchent de porter leur passé devant la justice. Ce serait une marque de défiance qu'elle n'ose lui infliger. Le délai ne commencera donc à courir qu'à partir du moment où elle a retrouvé, psychologiquement, sa liberté. Ce jour sera celui où le concubinage a cessé (41) ou celui où le père a participé pour la dernière fois à l'entretien de l'enfant.

Lorsque cette participation à l'entretien est postérieure au décès du père (42), elle n'entraîne pas toujours le recul du point de départ du délai. Elle aura cet effet si, de son vivant, le défendeur avait déposé, chez un notaire par exemple, une certaine somme destinée à être remise à l'enfant par fractions jusqu'à épuisement (43). Mais cet élargissement ne fut pas toujours étendu au cas où, le père étant décédé, ses héritiers ont continué à envoyer à la mère des subsides. On comprend pourtant l'attitude de cette femme qui ne lâche pas la proie pour l'ombre, préfère se contenter de ce qu'elle reçoit et maintenir ainsi des liens avec la famille de son amant, plutôt que d'engager une procédure dont l'issue, toujours incertaine, est source de nombreuses difficultés. La jurisprudence est divisée mais plusieurs juridictions de première instance ont refusé de sanctionner l'abstention de la mère (44). Il faut d'autant plus approuver leur décision que les magistrats admettent, comme cas d'ouverture de l'action, l'entretien de l'enfant par les héritiers du défunt, à condition bien entendu que cette attitude trouve sa source dans la volonté même du « de cujus ». On retire d'une main ce qu'on a donné de l'autre. Le rapprochement entre condition de recevabilité et délai aurait dû au contraire donner

(42) Lorsque la mort du concubin vient brutalement interrompre l'union libre, la mère peut demander à l'auteur de l'accident des dommages-intérêts afin de compenser le préjudice résultant de la perte du droit de faire déclarer la paternité des enfants communs. Cass. civ., 18 mars 1965, Bull. Cass., 65.II.198.

(43) Cass. civ., 29 mars 1950, D. 50.593, note CARBONNIER.

(44) Trib. civ. Rennes, 30 juin 1926, G.P., 26.2.605 ; Trib. civ. Seine, 16 oct. 1951, D. 51.76, S. 52.2.79, G.P., 52.1.42 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 569, n° 85.

Contra : Besançon, 27 oct. 1930, G.P., 30.2.762 ; PLANIOL-RIPERT, t. II, n° 926.

naissance à une construction harmonieuse qui aurait mieux servi la vérité.

Devant l'incertitude de la jurisprudence, certains demandeurs avaient cru pouvoir éviter la déchéance éventuelle en soutenant que le geste des héritiers équivalait de leur part à une renonciation à se prévaloir de l'expiration des délais. L'argument fut repoussé par la Cour de cassation en raison de « l'intérêt public » qui justifie la brièveté des délais (45). La déchéance n'est pas prononcée pour sanctionner l'inaction d'une personne, mais pour protéger l'ensemble de la société (46).

Cette tendance restrictive, peu favorable à la manifestation de la vérité se vérifie d'ailleurs sur bien d'autres points, en dehors même du cas où les héritiers ont continué, après le décès du père, à entretenir l'enfant.

Ainsi, c'est à la mère de prouver que le temps qui lui était imparti pour agir n'est pas achevé (47). Cette exigence supplémentaire qui gêne l'essor de la vérité mais est conforme à la position générale en matière de charge de la preuve est d'autant plus remarquable que le problème a été résolu en sens inverse à propos du désaveu de paternité (48).

D'autre part, le point de départ du délai d'un an imparti à l'enfant ne peut jamais être reculé (49). Les scrupules valables pour la mère le sont pourtant tout autant pour l'enfant. Sa situation à certains points de vue est même plus grave encore : s'il agit en justice lorsqu'il atteint vingt et un ans, la proclamation du lien de filiation aura presque à coup sûr pour conséquence la cessation des subsides reçus jusqu'alors car le père, sauf circonstances exceptionnelles (50), n'est pas tenu légalement d'entretenir son enfant après sa majorité.

(45) Civ., 7 mai 1923, D. 23.1.57, 4^e espèce, note SARRUT, S. 24.1.139, note HUGUENEY, cassant Nancy, 8 déc. 1920, D. 21.2.83, 2^e espèce, S. 21.2.34 ; Agen, 25 avr. 1932, Rev. crit. dr. intern. pr., 1932.691.

(46) En conséquence, elle pourrait être proposée en tout état de cause (implicitement Cass. civ., 7 mai 1923, précité) et le juge devrait relever d'office toute expiration des délais résultant des faits de la cause (Trib. civ. Seine, 20 mars 1914, Tables G.P., 1912-1920, n° 285 ; Paris, 20 janv. 1941, G.P., 41.1.298). Mais cette hypothèse, à la différence du désaveu de paternité, reste assez théorique puisque le défendeur est toujours en droit de reconnaître volontairement l'enfant.

(47) Cass. Req., 28 févr. 1928, G.P., 28.1.647, D. 28.1.113, note R. SAVATIER, S. 29.1.227, note BATIFFOL, confirmant Dijon., 9 mai 1927, G.P., 28.1.648 ; Paris, 20 févr. 1941, D.A., 41.1.136, G.P., 41.1.238.

(48) *Supra*, I^{re} partie, pp. 138 et suivantes.

(49) Trib. civ. Seine, 26 juill. 1937, G.P., 37.2.683 ; Cass. Req., 13 juill. 1938, D.H., 38.532, S. 38.1.287, G.P., 38.2.737 ; Cass. Req., 10 mai 1944, D. 45.201, note ROUAST, S. 44.1.111, G.P., 44.2.29.

(50) Par exemple si l'enfant poursuit des études. Cass. civ., 18 mai 1967, D. 67.633.

Mais les tribunaux ont estimé que la lettre du texte commandait cette solution sévère « La disposition finale de l'article 340 C. civ... ne comporte aucune référence à l'exception prévue par un paragraphe précédant du même texte » (51). La possession d'état, que l'on considère par ailleurs comme un argument suprême rendant témoignage de la vérité, est ici un avantage dangereux.

Enfin la rigueur des tribunaux s'est manifestée par un refus de tenir compte de toute forme d'interruption supérieure à deux ans qui se serait produite dans le concubinage ou dans l'envoi de subsides. La mère n'est-elle pas dans l'impossibilité morale d'agir chaque fois qu'elle a pu légitimement penser que cette cessation était seulement temporaire ? En voici deux exemples.

Deux personnes vivent en concubinage lorsque survient la guerre. L'amant est mobilisé, puis fait prisonnier. Absent depuis le début de septembre 1939, il revient en mai 1945. Mais tout au long de cette période, les concubins ont entretenu une correspondance suivie et ils reprennent leur vie commune dès le retour de captivité. Moralement, la femme ne pouvait pas compromettre cet espoir par une action en justice. Elle fut cependant déclarée forclosée lorsqu'en 1946 elle voulut faire proclamer la paternité (52).

Les magistrats ont eu aussi à compter avec l'attitude malhonnête du père prétendu qui, par une série de promesses fallacieuses, trompe la confiance de la mère. Un homme envoie un mandat à la mère quelques semaines après la naissance de l'enfant. Par la suite, il correspond avec son ancienne maîtresse, s'intéresse à l'enfant et promet de continuer à participer à son entretien. Mais pendant neuf ans il ne tient pas sa parole. Lorsqu'il envoie de nouveau un mandat, la mère s'empresse de l'assigner en justice et obtient gain de cause en appel : « le délai ne peut rationnellement courir avant le jour où la mère a pu se rendre compte qu'elle ne devait plus compter sur l'assistance fournie jusqu'alors » (53). Cette justification est tout à fait conforme à l'esprit du texte. Mais la Cour de cassation accueillit le pourvoi contre cet arrêt (54). Le principe posé par la cour d'appel fut déclaré « erroné ». La déchéance résultant de l'expiration des délais ne peut être « couverte » par la reprise ultérieure de la participation à l'entretien (55).

(51) Cass. Req., 10 mai 1944, précité.

(52) Rouen, 9 févr. 1948, S. 50.2.2. V. aussi : Trib. civ. Bordeaux, 11 mai 1949, G.P., 49.2.70.

(53) Chambéry, 28 avr. 1952, J.C.P., 54.8309, note WEILL ; R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 81, et note au D.P., 1928.1.113, sous Cass. Req., 28 févr. 1928.

(54) Civ., 18 nov. 1953, J.C.P., 54.8309, note WEILL.

(55) La mauvaise foi du père n'aurait-elle pu être prise en considération pour donner au litige une solution plus conforme à la vérité ? Le recours à cette

Les juges refusent de scruter la psychologie des parties. Seuls importent les faits dépouillés de leur contexte humain, et isolés du reste de l'article 340. En dehors des dispositions légales interprétées littéralement, aucune autre exception en faveur de la vérité ne peut empêcher le délai de commencer à courir normalement. Il est à prévoir dans ces conditions que la sévérité des tribunaux sera aussi grande lorsqu'une prorogation de la durée des délais est demandée.

§ 2. — Prorogation exceptionnelle des délais.

Les délais sont fixés par le Code « à peine de déchéance ». La jurisprudence les qualifie de « préfix » (56) (57). En principe donc l'action en justice sera inéluctablement éteinte lorsqu'ils viendront à expiration. Ils ne pourront être ni suspendus (58), ni interrompus.

Mais la jurisprudence a refusé d'aligner complètement le régime de ces délais sur celui des délais de forclusion. Elle a admis l'effet interruptif d'une assignation devant un tribunal incompétent (59). Le délai n'est pas simplement suspendu, il est interrompu. Une nouvelle période de deux ans commence à courir à partir du jugement d'incompétence (60).

Cette solution est tout à fait justifiée si l'on songe que la brièveté des délais s'explique traditionnellement par le repos des familles et la difficulté de la preuve. La tranquillité du père a déjà été troublée par cette première assignation. Averti de la menace d'un procès, il a pu rassembler tous ses moyens de défense.

Cet emprunt au régime des délais de prescription prend pour nous une valeur particulière si l'on admet avec certains auteurs (61) que

notion a bien été admis à propos de l'interruption du délai par assignation devant un tribunal incompétent. V., *supra*, Cass. civ., 11 déc. 1957, D. 58.165, note VOIRIN, J.C.P., 58.10.557 note ESMEIN.

(56) A titre d'exemple, citons : Cass. civ., 7 mai 1923, S. 24.1.139, note HUGUENY, D. 23.1.57, 4^e espèce ; Cass. Req., 28 févr. 1928, D. 28.1.113, note R. SAVATIER ; Cass. civ., 16 juill. 1941, D.C., 42.69, note ROUAST, S. 41.1.155 ; Cass. civ., 11 févr. 1957, précité.

(57) La doctrine préfère parfois à ce terme celui de « délai de forclusion ». SOLUS-PERROT, Droit judiciaire privé, t. I, n° 428 ; VASSEUR, Rev. trim. dr. civ., 1950.439 (442), art. précité.

(58) En dehors bien sûr des hypothèses qui légalement réalisent une suspension : maintien du concubinage ou de l'entretien de l'enfant, attente de la majorité.

(59) Poitiers, 18 mai 1925, G.P., 25.2.264 ; Colmar, 7 mai 1929, Tables G.P., 30-35, n° 106 à 108 ; Trib. civ. Seine, 17 juill. 1939, S. 40.2.16, confirmé par Paris, 18 déc. 1942, D.C., 43.36, note VOIRIN, S. 43.2.44, G.P., 43.1.102 ; Cass. civ., 4 juin 1956, Bull. Cass., 56.176 ; Cass. civ., 11 déc. 1957, précité.

(60) Particulièrement net dans Cass. civ. 11 févr. 1957. La Cour de Cassation reprenant les termes de la cour d'appel « constate l'introduction de la nouvelle instance à une date postérieure de moins de deux ans à celle du jugement d'incompétence ».

la distinction entre délai de forclusion et délai de prescription peut se faire en fonction du but poursuivi par le législateur. « Les délais préfix se rapportent à des actions que le législateur n'a ouvertes qu'à titre exceptionnel et comme à regret... tandis que ce sont les droits bienvenus et pleinement épanouis qui se prescrivent » (62) (63). Il est indéniable qu'en 1912 la recherche de paternité naturelle n'était pas considérée avec faveur. On en déduit donc que depuis lors cette action a changé de caractère et que par conséquent la recherche de la vérité a été hissée au rang d'un objectif que l'on désire promouvoir (64).

Mais cette « ascension » est tout de même bien limitée car l'assignation devant une juridiction incompétente est la seule interruption couramment admise par la jurisprudence (65). Deux législations de circonstance, créant un moratoire judiciaire, avaient été prises à l'occasion des deux guerres mondiales, en faveur des mobilisés et de tous ceux qui, eu égard aux hostilités, n'avaient pu saisir à temps les tribunaux (66). La Cour de cassation en refusa l'application lorsqu'ils étaient invoqués par les représentants de l'enfant contre un homme mobilisé (67). Ces textes étaient particulièrement souhaitables car il n'est pas certain qu'en leur absence la jurisprudence ait accepté de tenir compte des circonstances spéciales rendant impossible l'action en justice de la mère.

Les tribunaux en effet refusent d'admettre tout suspension des délais même lorsque l'obstacle auquel se heurte l'enfant est indépendant de sa volonté. Ainsi une reconnaissance de paternité incluse dans un testament olographe ne sera d'aucune utilité si la découverte de cet

(61) CARBONNIER, t. IV, n° 140, Rev. trim. dr. civ., 1950-514.

(62) CARBONNIER, Rev. trim. dr. civ., 1950, précité.

(63) M. VOIRIN retient aussi comme critère de la finalité des délais, mais pour lui la distinction devrait être faite selon qu'ils ont ou non « pour fonction d'éteindre un droit ou une action qui n'a pas été exercé avant leur achèvement », D.P., 1934.2.33.

(64) Cf. VOIRIN, D. 1958.165, précité.

(65) A la suite d'un arrêt de la Cour de Cassation du 8 févr. 1926 (D.H., 26.146) on s'était demandé si une action en dommages-intérêts pour séduction dolosive n'interrompait pas le délai de l'article 340. Une telle conclusion ne nous semble pas pouvoir être tirée de cet arrêt. La réparation du dommage avait été réclamée moins de deux ans après la naissance. Un an et demi plus tard, dans des conclusions additionnelles, la mère demandait la proclamation par le tribunal de la paternité du défendeur. Si la forclusion fut évitée c'est que, les délais légaux n'étant pas encore expirés, la mère avait fait sommation à son amant d'avoir à déclarer, entre autres choses, « s'il était prêt à reconnaître la jeune M... ». Se heurtant à un refus, l'huissier avait fait toutes réserves de droit, notamment de toute action devant la juridiction compétente, en reconnaissance de paternité.

(66) Loi du 5 août 1914, décret du 1^{er} sept. 1939 (B.L.D., 1939.1020).

(67) Req., 20 déc. 1948, S. 50.1.16, G.P., 49.1.136 ; Civ., 28 nov. 1949, D. 50.39. *Contra* : Trib. civ. Seine, 19 oct. 1926, Tables G.P., 25-30, n° 101 ; Rouen, 9 févr. 1948, S. 50.2.2.

aveu non équivoque se produit lorsque « l'enfant » est âgé de 28 ans (68). Sans doute, aucune négligence ne peut-elle être reprochée à la demanderesse : jusqu'au décès du testateur, elle ne possédait pas les moyens nécessaires pour faire valoir son droit. Mais ces motifs ne peuvent prévaloir « contre la précision du texte, jointe à l'intention du législateur et au but qu'il poursuivait » (69). Cette sévérité est bien amère pour celui qui, possédant désormais la preuve de sa filiation, ne pourra cependant pas faire triompher la vérité (70).

Un recours à la notion de force majeure n'eut-il pas permis d'éviter cette rigueur ? Les délais en matière de désaveu de paternité ont été assouplis par ce biais. Les deux situations ne sont cependant pas identiques : le relevé de forclusion, en cas de désaveu, s'applique à des cas où le retard est minime et s'explique par une impossibilité juridique, et non seulement matérielle, de saisir les tribunaux (tant que le tuteur ad hoc n'est pas désigné on ne peut pas juridiquement désavouer l'enfant). De plus, le mari, dans toutes ces hypothèses avait en temps utile entrepris les formalités nécessaires. C'est leur aboutissement qui avait seul été retardé.

Nous pensons d'ailleurs que la jurisprudence ne devrait pas refuser de faire appel à la force majeure lorsqu'une raison juridique s'oppose à la manifestation de la vérité. Si par exemple l'enfant a été faussement attribué dans son acte de naissance à deux personnes mariées, il devra, à sa majorité, préalablement à toute déclaration judiciaire de paternité naturelle, faire constater la fausseté de son titre de filiation (71). Il suffit alors que les défendeurs interjetent appel, puis forment un pourvoi en cassation, pour que finalement la procédure n'aboutisse qu'après l'expiration du délai de l'article 340.

La Cour de cassation a eu à connaître d'une espèce de ce genre. Mais la demanderesse avait attendu plus de dix ans après sa majorité pour faire constater l'inexactitude de son acte de naissance. Elle était finalement âgée de 38 ans lorsqu'elle assignait pour la première fois le défendeur sur la base de l'article 340. La Cour de cassation la débouta « Attendu que le délai imparti par l'article 340 C. civ. ne pouvait être suspendu par l'impossibilité d'agir en justice ». C'est le rappel du principe. Mais la Cour suprême ajoute « que d'ailleurs rien ne s'opposait à ce que la dame Buchel fit reconnaître sa filiation dans le délai

(68) Trib. civ. Dijon, 18 déc. 1924, D. 25.2.91, 2^e espèce, note LALOU, D.H., 25.154, G.P., 25.1.499.

(69) Trib. civ. Dijon, 18 déc. 1924, précit.

(70) Une proposition de loi fut faite en 1938 par M. Brille : lorsque l'intéressé ne découvrirait que tardivement l'origine de sa naissance ou le nom de son père, il bénéficierait d'un délai d'un an à partir de la découverte de ces faits. Mais cette proposition fut rejetée.

(71) Autre exemple : la filiation maternelle étant établie tardivement, toute action fondée sur le concubinage notoire était jusqu'alors impossible.

légal » (72). Cet attendu supplémentaire peut laisser espérer une solution différente, plus conforme à la vérité, dans le cas où « quelque chose » aurait empêché l'introduction de l'instance en temps voulu. En sera-t-il ainsi lorsque le demandeur a acquis la nationalité française plus de deux ans après sa naissance, ou plus d'un an après sa majorité ? Pour répondre à cette question, il faut reprendre un peu plus largement le problème de la loi applicable en matière de filiation illégitime (73).

La filiation d'un individu est un élément de son état. C'est donc sa loi nationale qui sera applicable (74). Si la nationalité française est acquise entre la naissance et l'instance en justice, la loi française sera applicable (75). Toutefois, en cas de conflit mobile, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont le plus favorables (76). Cette formule est très intéressante. Pour celui qui agit en recherche de paternité naturelle, la loi la plus favorable est généralement celle qui lui donne les plus grande facilités pour obtenir la manifestation de la vérité (77). Grâce à cette option, l'intérêt de l'enfant s'accorde avec la recherche de la vérité (78). Dans ces conditions, la jurisprudence qui refuse, du point de vue des délais, de prendre en considération l'acquisition tardive de la nationalité française (79) apparaît « draconienne ». Il est vrai qu'elle comporte un palliatif puisque le demandeur se référera à sa nationalité d'origine chaque fois que celle-ci est régie par une loi comportant des délais plus souples. Le tribunal pourra, même d'office, appliquer la loi nationale de l'enfant à sa naissance (80). L'ordre public ne s'opposerait pas à l'admission par

(72) Req. 5 févr. 1941, D.A., 41.132, G.P., 41.1349.

(73) FOYER, « Filiation illégitime et changement de la loi applicable », 1964.62...

(74) Jurisprudence constante depuis deux arrêts de 1925 : Cass. civ., 20 janv. 1925, S. 25.149, note PILLET, D.P., 25.1.177, note ROUAST ; Cass. civ., 28 juill. 1925, S. 25.1.305, note NIBOYET, D.H., 25.606.

(75) Cass. Req., 8 juin 1921, arrêt Mihaesco, S. 22.1.113, note AUDINET, G.P., 21.2.287.

(76) Cass. civ., 5 déc. 1949, arrêt Verdier, J.C.P., 50.5287, note DEHAUME, Rev. crit. dr. intern. privé, 50.65, Clunet, 50.180 ; même idée pour la recherche de filiation maternelle, Paris, 29 juin 1963, Rev. crit. dr. intern. privé, 64.300 (322), Clunet, 64.290, J.C.P., 63.13453, note R. SAVATIER, G.P., 63.1.237 (la mère et l'enfant avaient une nationalité différente).

(77) Ce pourrait être aussi la loi qui accorde les effets les plus étendus au lien de filiation naturelle. Mais ce choix suppose que, quelle que soit la législation, la parenté puisse être établie.

(78) Alors que cette jonction n'est pas toujours réalisée lorsqu'une option reposant sur la même idée est donnée à l'enfant né entre le 180° et le 300° jour suivant le mariage de ses parents (arrêt Heranval).

(79) Agen, 25 avr. 1932, Rev. crit. dr. intern. privé, 1932.691, Clunet, 33.349 ; Paris 27 mars 1933, G.P., 32.2.365, confirmé par Cass. Req., 15 juill. 1936, Rev. crit. dr. intern. privé, 37.151.

(80) Paris, 18 mars 1954, Rev. crit., dr. intern. privé, 55.115.

les tribunaux français d'une loi étrangère autorisant la recherche de paternité naturelle pendant toute la vie du prétendu père (81) ou même sans aucune condition de délai (82). La Cour de cassation en 1960 (arrêt Imbach) adopta ce point de vue. « Le délai d'exercice d'une action en déclaration judiciaire de paternité... est... régi par la loi nationale du demandeur, sans qu'il puisse être soutenu que les dispositions de cette loi, soit qu'elles ne prescrivent aucun délai, soit qu'elles prévoient un délai plus long que celui imposé dans l'ordre interne, porteraient atteinte à l'ordre public international français et devraient, de ce chef, être écartées » (83).

Cette conception souple de l'ordre public dans les relations internationales, et qui laisse à la vérité une plus grande place, fait ressortir par contraste la sévérité du droit interne.

La commission de réforme du Code civil, tout en maintenant le principe des délais, s'est montrée nettement plus réaliste dans sa mise en œuvre (84).

Il reste maintenant à essayer d'expliquer la contradiction que nous soulignons au début de cette section entre l'attitude rigoureuse des tribunaux en matière de délais, au détriment de la vérité, et leur attitude souple en matière de conditions de recevabilité. Nous avons dit alors que, selon nous, les tribunaux n'étaient pas réellement liés par des textes qui, vraiment, ne leur permettraient pas de manifester leur souci de vérité. Ils auraient pu, malgré ces textes, se montrer moins sévères pour les demandeurs. Pourquoi ne l'ont-ils pas fait ?

Deux raisons ont pu, au-delà des textes, freiner une évolution libérale.

La société a intérêt à ce que l'éventualité d'un scandale disparaisse rapidement.

(81) Exemple : la loi portugaise, Grenoble 1^{er} févr. 1960, J.C.P., 60.11699, note J. C.

(82) Exemple : la loi polonaise, Colmar, 28 févr. 1958, Clunet, 59.826. Pour le droit danois, V. Paris, 14 mars 1952, J.C.P., 52.7075, note J. MAZEAUD.

(83) Cass. civ., 10 mai 1960, D. 60.548, note MALAURIE, J.C.P., 60.11700. *Contra*, avant 1960 : V. la jurisprudence citée par M. FOYER et notamment Cass. civ., 30 nov. 1938, S. 39.1.63, note BATIFFOL ; Cass. civ., 8 déc. 1953, J.C.P., 54.8080, note R. SAYATIER, D. 54.167 : la loi nationale d'origine était applicable sous réserve de respecter les mêmes délais et les mêmes conditions de recevabilité que le droit français.

(84) Art. 521 de l'avant-projet : « L'action en recherche de paternité ne peut être intentée que dans les deux années qui suivent la naissance de l'enfant, à moins d'impossibilité matérielle ou morale. Si elle ne l'a pas été pendant la minorité de l'enfant, celui-ci ne peut l'intenter que dans les deux années qui suivent sa majorité. L'enfant peut également l'intenter dans les deux années qui suivent le jour où une décision judiciaire définitive le prive de sa filiation paternelle ou le jour où sa filiation maternelle est établie. »

L'état de l'enfant doit être stable. Toute modification de cet état, tout changement de nom doit intervenir rapidement sous peine d'être néfaste.

Pour les tribunaux l'apparition de la vérité est donc dans une certaine mesure souhaitable, mais à condition de suivre de près la naissance de l'enfant. Plus tard, elle serait dangereuse. Cette idée, qui ne pouvait rendre compte exactement des solutions légales en raison de la renaissance de l'action au profit de l'enfant majeur, peut au contraire expliquer la sévérité des solutions jurisprudentielles. L'interprétation stricte des délais est en quelque sorte la contrepartie de l'interprétation large des conditions de recevabilité. De sorte que lorsque l'élargissement d'un cas d'ouverture implique un recul du point de départ du délai, il ne pourra pas recevoir application.

Le besoin de sécurité l'emporte sur le souci de la vérité.

Conclusion

Suivant quelles lignes directrices évolue notre droit de la filiation naturelle simple ? Le souci de la vérité domine certainement la construction légale et surtout jurisprudentielle. Sans doute l'acte de volonté reste-t-il le fondement principal de la preuve de la filiation. Mais cet acte est de moins en moins discrétionnaire : il peut toujours être annulé s'il ne reflète pas la vérité, il est désormais susceptible d'abus et donc générateur d'une condamnation à des dommages-intérêts.

La reconnaissance-admission de l'enfant s'efface derrière la reconnaissance-preuve d'une réalité préexistante. On ne peut faire abstraction du passé et considérer uniquement l'avenir. Dans cette mesure, les deux modes de preuve, extra-judiciaire et judiciaire, de la filiation se rapprochent au bénéfice de la vérité.

A vrai dire, on pourrait être tenté de penser que l'évolution s'est faite par faveur pour l'enfant, beaucoup plus que par souci de la vérité. Certes ces deux fondements, s'ils sont distincts, coïncident largement : l'intérêt de l'enfant est *en général* que la vérité de sa filiation soit établie. Mais il est significatif de noter que dans les hypothèses concrètes où le sort de l'enfant pouvait sembler mieux assuré par le maintien d'une paternité mensongère, les tribunaux, après quelques hésitations, aient finalement fait prévaloir la vérité (contestation des légitimations de complaisance).

Lorsque les auteurs de l'enfant n'ont pas voulu le reconnaître, la vérité pourra cependant se faire jour. La filiation est d'abord un lien biologique. C'est une donnée de fait qui doit pouvoir être constatée.

Les obstacles actuels à la libre administration de la preuve s'expliquent techniquement par le désir de mieux cerner la réalité : la maternité, plus facile à connaître fut toujours plus largement admise, et s'expliquent aussi historiquement par l'état du droit antérieur : on ne pouvait passer sans transition d'une interdiction quasi absolue de

la recherche de la paternité à une liberté totale. Aujourd'hui, sur les deux plans, les restrictions apparaissent superflues. La vérité peut plus facilement être connue grâce aux progrès de la biologie : le risque de proclamer faussement un lien de filiation a beaucoup diminué grâce aux analyses sérologiques, et la multiplication du nombre des groupes sanguins permettra une approche de plus en plus sûre de la preuve positive du lien de parenté.

Quant au risque de chantage, il apparaît illusoire si l'on en juge par l'absence quasi totale de toute répression pénale fondée sur l'article 400 alinéa 2 du Code pénal (85).

L'opinion, enfin, est préparée à un élargissement des moyens de preuve grâce à l'exemple du droit comparé (86) et à celui de nos tribunaux : ils ont donné à certains cas d'ouverture prévus par l'article 340 une extension tout à fait remarquable.

« Toute règle abstraite qui n'est pas conforme à l'état social d'une période est vouée à une abrogation fatale; une loi n'est assurée d'une longue existence et d'un respect universel que si elle reflète fidèlement la morale populaire » disait Savigny (87). Or cette conscience commune semble de plus en plus exiger que la filiation exprime la vérité (88).

M. Houin, à la suite d'une enquête publiée en 1950 (89) nous apprend que la prohibition de l'établissement de la filiation adultérine est ressentie comme une injustice. Il est bien certain que ce principe est actuellement l'obstacle le plus sérieux à la manifestation de la vérité. Le législateur a d'ailleurs très bien senti cette résistance populaire puisqu'en 1955 il essaya de pallier les conséquences les plus fâcheuses de cette interdiction.

L'autorisation de prouver la filiation de fait pour imposer aux parents l'obligation d'entretenir l'enfant est peut-être le moyen de désarmer les adversaires les plus virulents. Peut-être aussi n'est-elle qu'une étape, tout comme la loi de 1912 pour la recherche de la

(85) Les rédacteurs de la loi de 1912 ont incorporé dans le Code pénal un texte donnant compétence aux tribunaux civils pour infliger au « demandeur convaincu de mauvaise foi » les peines du chantage. C'est un délit de « lèse état civil » dira M. FALLOUX (« La juridiction correctionnelle du tribunal civil en matière de recherche de la paternité », 1927). « Cette disposition, selon M. VOUIN (« Précis de droit pénal spécial », 1953, n° 93), reste pratiquement sans application. Elle a l'intérêt de manifester historiquement la crainte que le législateur de 1912 a ressentie devant sa propre réforme. »

(86) En Suisse, Tunisie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, la preuve de la paternité est libre. De plus, dans ces quatre démocraties populaires, les enfants légitimes et les enfants naturels ont les mêmes droits.

(87) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, §§ 6 et 8.

(88) Sauf lorsque sont en conflit une filiation par le sang et une filiation adoptive.

(89) *Rev. trim. dr. civ.*, 1950.18 (21).

filiation paternelle simple fera figure de « loi de transition », si un jour notre Code est modifié dans le sens libéral préconisé par la commission de réforme du Code civil (90). Il est vain de vouloir prévoir l'avenir. Mais il est certain que la brèche ouverte dans un système vieux de plus de cent cinquante ans, constitue une victoire indéniable pour la cause de la vérité.

(90) Art. 516 de l'avant-projet : « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée lorsqu'il est prouvé par tous moyens, soit que le père prétendu a eu commerce avec la mère pendant la période légale de conception, soit qu'il a avoué expressément ou tacitement être le père de l'enfant, notamment lorsqu'il a pourvu ou participé à son entretien et à son éducation en qualité de père. »

DEUXIEME PARTIE

VÉRITÉ
ET FILIATION NATURELLE ADULTÉRINE

INTRODUCTION

L'enfant qui est né d'une personne mariée et d'un autre que son conjoint est adultérin. Sa conception résulte de la violation du premier des devoirs conjugaux : la fidélité. L'on comprend alors que son sort ait toujours été peu enviable. A partir du moment où l'on affirme l'existence du mariage monogamique, on ne peut évidemment plus accorder aux enfants adultérins des droits égaux à ceux des enfants légitimes.

Mais où placer la limite de l'infériorité de leur condition ? Le Code civil adopta la solution la plus radicale : ces enfants ne seraient jamais rattachés à leurs parents, ils ne pourraient faire valoir contre eux aucun droit.

Le meilleur moyen de sanctionner le coupable était de l'atteindre au travers de la personne qui lui était la plus chère : l'enfant. Une fois encore, l'enfant est un moyen au service d'une fin.

De nouveau aussi, les rédacteurs de 1804 avaient manqué de psychologie : le conjoint adultère, s'il cherche parfois par tous les moyens à favoriser le fruit de son crime, trouve quelquefois bien commode l'impunité que lui assurent les dispositions du Code civil. Au lieu de sanctionner l'adultère, on en arriverait à se demander si elles ne le favorisent pas... De sorte que, même dans la perspective la plus rigoriste, celle qui consiste à nier l'existence de l'enfant pour la sauvegarde de la famille légitime, il n'est pas certain que la loi ait atteint son objectif.

Mais surtout « cette justice qui venge les crimes des pères sur les enfants » (1) est tout à fait contraire au principe de la personnalité des peines. On n'accepte plus aujourd'hui que l'enfant paye un si lourd tribut pour la faute de ses parents.

(1) BOSSUET, « De la connaissance de Dieu et de soi-même », cité par BLOQUEL, « Etude sur la recherche de la paternité », 1900.

Tout individu tire du seul fait de sa naissance le droit d'être, au moins matériellement, entretenu par ses père et mère. La réalité physiologique ne peut être effacée par l'ordre du législateur. Que l'enfant n'entre pas dans la famille, cela est peut-être souhaitable. Mais que la filiation de fait ne soit pas reconnue, voilà qui heurte profondément le bon sens, la justice et la vérité. Que l'homme ou la femme soit marié ou non la vérité reste la même : cet enfant est le sien, et il doit au moins le nourrir. L'évolution s'est faite dans deux directions : un « oubli » du vice entachant la naissance par une ouverture plus large de la légitimation, et une prise en considération plus fréquente de la filiation de fait. Le principe de l'interdiction est ainsi maintenu, mais il est assorti de concessions susceptibles de laisser à la vérité une place plus importante. Nous étudierons ainsi en deux titres l'interdiction de l'établissement juridique d'une filiation adultérine et les conséquences juridiques de la filiation adultérine de fait.

TITRE PREMIER

LE REFUS DU DROIT FRANÇAIS DE PROCLAMER LA VERITE EN MATIERE DE FILIATION ADULTERINE

La vérité doit rester ignorée chaque fois qu'elle porte à la famille légitime une atteinte trop grave. « Ce qui trouble l'ordre public, écrivait M. Malaurie, c'est moins le désordre des mœurs lui-même que la constatation que l'on pourrait librement en faire » (1).

Les principes sont clairement posés par les articles 335 et 342 alinéa 1^{er} du Code civil : la « reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux... » « Un enfant ne sera jamais admis à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la recherche n'est pas admise. »

Le législateur a posé une règle générale et abstraite, et non pas résolu une série de cas concrets. Le rôle des tribunaux sera donc important car il leur incombera de préciser la portée et les limites pratiques de ce principe directeur. Selon que la prohibition leur semblera ou non correspondre à une nécessité actuelle, ils défendront fermement les droits de la famille légitime, ou bien ils feront une place plus large à la vérité.

Refuser la vérité ou la servir, les tribunaux peuvent le faire soit au moment où ils fixent les conditions de fond de l'adultérinité, soit au moment où ils statuent sur la révélation du lien de filiation. Le

(1) Note au D. 1961.49.

dynamisme des articles 335 et 342, donc le combat contre la vérité, sera d'autant plus puissant que la catégorie des enfants adultérins sera plus large et que les cas dans lesquels la filiation restera cachée seront plus nombreux.

CHAPITRE PREMIER

Le faible souci de la vérité dans la détermination de la qualité d'enfant adultérin

La prohibition des articles 335 et 342 s'applique aux enfants adultérins et aux enfants incestueux. Un enfant est incestueux lorsqu'au moment de sa conception ses parents étaient dans l'impossibilité légale de se marier en raison de la proximité de leur degré de parenté. En fait les filiations incestueuses sont rares, si l'on en juge du moins par la proportion infime d'espèces de cet ordre rapportées dans les recueils de jurisprudence. Aussi raisonnerons-nous sur les cas beaucoup plus fréquents de filiation adultérine.

La situation matrimoniale des parents d'un enfant détermine le caractère de sa filiation. S'agissant d'une filiation légitime il suffira, pour que le statut de la légitimité soit accordé, que l'état de mariage ait existé au moment de la conception ou au moment de la naissance. Nous savons que cette seconde source de légitimité (naissance pendant le mariage) se justifie par une faveur pour la légitimité.

S'agissant donc d'une filiation naturelle, il ne faudra s'attacher qu'à la situation des parents au moment de la conception (1).

Si l'un d'eux était engagé dans les liens d'une union légale, l'enfant sera adultérin. Mais comment connaître l'époque de cette conception ? Convient-il d'appliquer l'article 312 ? Quelle place sera faite à la vérité dans la détermination de la qualité d'enfant adultérin ?

Théoriquement, le meilleur moyen d'appréhender la réalité en notre matière serait de bannir toute règle générale et de rechercher pour chaque enfant le moment précis de sa conception, en fonction

(1) Cass. civ., 25 juin 1877, S. 78.1.217 ; Cass. civ., 7 juill. 1914, S. 14.1.273 ; Paris, 15 sept. 1920, D. 21.2.56.

notamment de son état de développement à sa naissance. Reconnaissons cependant que, dans bien des cas, cette expertise obstétricale serait inutile. Les délais ordinaires de grossesse fournissent en effet une approximation suffisante. Seulement, il faut envisager les cas particuliers, ceux dans lesquels la conception peut, en toute logique, se situer soit au cours du mariage, soit avant sa célébration ou après la dissolution. La jurisprudence s'est sur ce point ralliée à une solution qui finalement tient compte de la réalité bien qu'elle laisse à l'enfant le choix de situer sa conception à n'importe quel moment de la période légale de l'article 312.

SECTION I

LES HESITATIONS POSSIBLES SUR LA NATURE VÉRITABLE D'UNE FILIATION

La nature d'une filiation est fonction de la date de naissance de l'intéressé par rapport à la situation matrimoniale de ses parents. Et c'est de prime abord l'article 312 C. civ. qui semble applicable puisque c'est à partir de ce texte que l'on détermine quels enfants sont légitimes et donc *a contrario* lesquels ne le sont pas.

Mais d'une part la place de cet article dans le Code civil semble en limiter le domaine d'application à la famille légitime.

D'autre part cette disposition a un double objet : fixer l'intervalle de temps pendant lequel la conception a dû se placer et donner un père à l'enfant. Or nous devons nous demander si, dans sa double fonction, cet article peut être étendu en dehors du cadre qui traditionnellement est le sien.

§ 1. — L'application à la filiation naturelle de la présomption légale de durée des grossesses.

La gestation d'un enfant légitime dure au minimum 180 jours et au maximum 300 jours. Il serait *a priori* curieux d'adopter, pour la durée de la vie intra-utérine d'un enfant, des principes différents selon que la mère est une femme célibataire ou une femme mariée. Ces principes s'appuient en effet sur des données médicales valables quelle que soit la qualité de la filiation.

Mais cette présomption de l'article 312 constitue avant tout une *dispense de preuve*. Pour favoriser la filiation légitime, on autorise l'enfant à établir simplement la date de sa naissance et celle du

mariage de ses parents. Ces considérations sociales font défaut lorsque l'on quitte la sphère de la famille légitime. L'enfant naturel devrait prouver le moment de sa conception. Sans doute pourrait-il, en règle générale, se contenter de la date approximative que lui indique le bon sens. Mais il devrait la fixer avec précision chaque fois que la validité du lien de filiation, ou la possibilité même de l'établir, en dépendrait.

Ce raisonnement n'a pas été suivi par la Cour de cassation : « l'article 312 du Code civil admet comme règle générale que la période de la conception de l'enfant s'étend entre le trois centième jour et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance » (2).

De cette solution découlent deux conséquences :

Tout être humain a été conçu entre le sixième et le dixième mois précédant sa naissance. Personne ne peut prétendre que, médicalement et en règle générale, un enfant né entre ces deux dates extrêmes est incapable de vivre (3).

La présomption de durée des grossesses peut valablement être opposée par tout individu, quelle que soit la qualité de sa filiation. Son existence s'impose à tous.

Le meilleur argument en faveur de cette solution est sans doute la triple allusion que fait l'article 340 à la « période légale de la conception ». Par conséquent, dans un premier temps du moins, l'enfant est dispensé de toute preuve précise.

Mais cette présomption ne suffit pas, à elle seule, à résoudre tous les problèmes. En raison de l'étalement dans le temps de cette période, la filiation naturelle peut être simple ou adultérine si le mariage de l'auteur de l'enfant a été célébré au cours de ces 121 jours. Il n'y a pas de difficulté à ce point de vue lorsque la mère de l'enfant a été tour à tour libre et mariée : l'enfant sera couvert par la présomption de paternité de l'article 312 ou de l'article 315. La question se posera lorsque l'adultérinité est susceptible de provenir du mariage du père. Par exemple, la naissance s'est produite 200 jours après le mariage du père ou la dissolution de son union, mais l'enfant est né

(2) Cass. Req., 17 juill. 1944, D. 45.107, note RODIÈRE, G.P., 44.2.122 ; Trib. civ. Oran, 30 janv. 1951, S. 51.2.194.

Contra : Dijon, 29 août 1818, sous Cass. Req., 11 nov. 1819, Journal des audiences de la Cour de Cassation, 1820, p. 180. LAURENT, « Principes de droit civil français », t. IV, n^{os} 74 et 98.

(3) Cass. civ., 11 juill. 1923, D. 23.1.30. Le père prétendu soutenait qu'un enfant né avant le 7^e mois de gestation ne peut vivre, alors que l'article 312 a créé pour tous les enfants nés entre le 6^e et le 10^e mois une présomption irréfragable de viabilité. (Notons que, médicalement, l'affirmation du mari est fausse car elle est beaucoup trop générale, mais que cependant elle peut s'avérer juste dans un nombre de cas assez important.)

d'une autre femme que l'épouse. La reconnaissance serait-elle valable ? Une action en recherche de paternité naturelle serait-elle recevable ? (4).

Ainsi, la jurisprudence a estimé que la règle concernant la durée des grossesses a une portée générale. Mais l'article 312 contient aussi une autre présomption « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». Si on accorde à ce principe la même portée générale, la solution, provisoirement favorable à l'enfant, se retournera contre lui.

§ 2. — La non-application à la filiation naturelle de la présomption de paternité.

Reprenons l'exemple précédent : une femme mariée accouche 200 jours après son mariage (5). Si le mari veut exercer une action en désaveu, une simple dénégation de paternité de sa part, dans les conditions de l'article 314, serait insuffisante. On présume donc de manière irréfragable que l'enfant a été conçu au cours du mariage. L'attribution de paternité, pourrait-on penser, doit se faire dans les mêmes conditions lorsque l'enfant est né d'une femme célibataire et d'un homme marié.

Ce raisonnement est extrêmement faible. La forte présomption de paternité ne se justifie que dans le cadre d'une filiation légitime, afin de rendre plus solide la position de l'enfant. Mais s'il n'est pas né de l'épouse du père, il n'y a aucune raison d'établir une relation quelconque entre cette maternité et l'état de mariage du père. On ne peut prendre le risque de déclarer adultérin un enfant naturel simple : la famille légitime en serait profondément affectée et l'enfant verrait injustement sa position diminuée. Il ne faut pas poser en règle que le mari a été infidèle à son épouse. L'article 312 édicte une présomption de paternité légitime, non une présomption de paternité adultérine « Attendu, dira la Cour de cassation, qu'il résulte du rapprochement de ces dates que, conformément à la période fixée par la loi, (la) conception avait pu être antérieure à ce mariage » (6).

Les derniers doutes viennent d'être levés récemment par la Cour suprême : il y a « absence de toute présomption légale de paternité... dans le cas où le mariage du père prétendu avec une tierce personne

(4) Voir *infra*, section II.

(5) Rappelons que lorsque l'enfant est né 200 jours après la dissolution du mariage, il dispose d'un droit d'option chaque fois surtout qu'en plaçant sa conception au moment où sa mère était libre, il bénéficie d'une légitimité acquise.

(6) Civ., 16 mars 1925, D. 26.1.145, note ROUAST, S. 27.1.297, note AUDINET. V. aussi Cass. Req., 17 juill. 1944, précit.

se situe pendant la durée de la période légale de la conception de l'enfant » (7).

Dès lors, puisque l'enfant ne sera pas automatiquement adultérin, il ne reste que trois manières de résoudre le conflit : déclarer que le doute doit toujours profiter à la filiation naturelle simple (8), rechercher la date précise de la conception ou laisser l'enfant choisir en fonction de son intérêt. Cette dernière solution vient d'être adoptée par la Cour de cassation comme nous allons le voir.

SECTION II

LE CHOIX DE L'ENFANT : PRINCIPE DE SOLUTION AU SERVICE DE LA VÉRITÉ

Dans la grande majorité des cas, la détermination de la nature de la filiation à partir de la date de conception de l'enfant ne posera guère de problème. Elle s'appuiera sur les principes suivants.

La recherche de la date exacte de la conception est autorisée en matière de filiation naturelle. Ce moyen de parvenir à la découverte de la vérité a été reconnu par un arrêt du 11 juillet 1923 (9).

D'autre part la portée de la présomption de durée des grossesses n'est pas la même pour la filiation légitime et pour la filiation naturelle. Saisi d'une recherche de paternité, le tribunal a la possibilité, mais non l'obligation, de déclarer la filiation si les relations sexuelles ont existé à un moment donné de la période légale. La Cour de cassation l'a encore rappelé en 1964 (10).

Ces solutions, en règle générale, servent la vérité. Mais, appliquées au cas qui nous occupe, elles présenteraient de graves inconvénients pour l'enfant. La recherche de la date exacte de la conception

(7) Civ., 29 juin 1965, G.P., 65.2.290, D. 66.120, note ESMEIN ; dans le même sens : Cass. civ., 19 oct. 1965, Bull. Cass., 65.419.

(8) C'était, semble-t-il, le point de vue du tribunal civil de Lannion le 19 nov. 1918 (D. 20.2.98, 11^e espèce, note DUPARCQ) : « La demanderesse étant née plus de 180 jours après la dissolution du mariage de son auteur prétendu, doit être légalement réputée avoir été conçue postérieurement à cette dissolution. »

(9) D. 1923.1.130.

(10) Civ., 17 mars 1964, Bull. Cass., 64.123 : « Attendu que vainement le pourvoi reproche aux juges du fond d'avoir, bien que les lettres de Piager aient établi que celui-ci avait eu des relations intimes avec demoiselle Benoist... plus de 180 jours avant la naissance de l'enfant, écarté " la présomption légale de filiation " qui en résultait. Attendu en effet que loin d'avoir édicté une présomption analogue à celle qui résulte au profit de l'enfant, né durant le mariage, de l'art. 312 du Code civil dont le moyen invoque cependant la violation, l'article 340 du même Code, seul applicable en la cause, dispose seulement que la paternité hors mariage peut être déclarée dans les cas qu'il énumère. »

entraînerait l'impossibilité d'établir la filiation chaque fois que la conception paraîtrait devoir être située au cours du mariage et dans l'hypothèse inverse, elle entraînerait l'impossibilité de recourir à l'action alimentaire de l'article 342. Aussi ce principe de solution fut-il écarté, au profit de celui déjà adopté lorsque le conflit s'élève entre une filiation légitime et une filiation naturelle. On se souvient qu'alors une option est généralement accordée à l'enfant : il choisira la date de sa conception en fonction de son intérêt et personne ne pourra s'opposer à sa décision en prouvant que cette date ne correspond pas à la réalité. Toutefois, cette seconde conséquence n'a pas été expressément formulée par la Cour de cassation à notre propos.

Pour la cour de Bordeaux (11) « les délais de la période légale de conception ont été fixés dans l'intérêt de l'enfant... pour que... le véritable père ne puisse contester sa paternité; ... l'enfant et sa mère qui le représente peuvent donc choisir durant cette période l'époque qui lui est la plus favorable...; il s'agit là d'une présomption absolue, d'une présomption légale contre laquelle on ne peut tenter d'administrer la preuve contraire ». En l'espèce l'action en recherche de paternité naturelle fut admise.

La cour de Paris (12), à partir d'un raisonnement identique, fit droit au désir de l'enfant qui entendait placer sa conception au cours du mariage de son père. Dans cette affaire, toute recherche de paternité naturelle était rendue impossible par l'expiration des délais. La mère, pour obtenir au nom de sa fille un secours, ne pouvait engager contre le père qu'une action alimentaire fondée sur l'article 342 C. civ. Mais elle devait pour cela présenter sa fille comme un enfant adultérin du défendeur. Or la date de la naissance démentait cette prétention et la mère elle-même avait reconnu que la liaison avait cessé un mois avant la célébration de l'union. Pour éviter l'irresponsabilité totale de ce père, la cour considéra « qu'en pareil cas, il appartient à l'enfant de choisir selon son propre intérêt, la date de sa conception ».

La Cour de cassation vient de rejeter le pourvoi contre cet arrêt. « Dans le cas où le mariage du père prétendu avec une tierce personne se situe pendant la durée de la période légale de la conception de l'enfant, celui-ci... peut, selon son choix, revendiquer la qualité d'enfant naturel simple ou celle d'enfant adultérin » (13).

Cette solution est-elle au service de la vérité ? *A priori* et si l'on raisonne « in abstracto », on est tenté d'en douter : le souci de la vérité ne conduirait-il pas plutôt à rechercher le moment exact de

(11) 17 janv. 1950, D. 51.164.

(12) 5 avr. 1962, D. 62.508, note ROUAST.

(13) Civ., 19 juin 1965, D. 66.120, note ESMEIN, G.P., 65.2.290, J.C.P., 66.14641, note Irène TALLON.

la conception ? Une analyse plus précise montre qu'il n'en est rien. Il existe en effet ici deux faits dont la recherche est liée au souci de la vérité.

— L'existence d'un lien biologique de filiation et ses conséquences,

— la date de la conception.

Or il se trouve que, étant donné nos constructions juridiques de la filiation légitime et de la filiation naturelle, dans certains cas rechercher et établir le deuxième fait aboutira à priver le premier fait de ses conséquences (droit aux aliments, etc...), c'est-à-dire à méconnaître la vérité ! On pourrait croire à un paradoxe : établir les faits et la vérité sur un plan, c'est les écarter sur un autre. Mais il n'y a pas de paradoxe : ce résultat provient de ce que le « construit » n'est pas à l'image du « donné ». En se désintéressant de la vérité sur un point, on la sert plus profondément sur l'autre. En effet, en permettant à l'enfant d'opter, on se désintéresse de la vérité sur le point de savoir si la filiation est réellement adultérine ou naturelle simple ; mais, comme l'enfant opte afin de faire produire à sa filiation biologique le maximum d'effets juridiques, cette option qu'on lui permet consacre grandement la réalité biologique sur le plan du droit, donc sert la vérité (14).

La démonstration de cette idée est particulièrement frappante, nous venons de le mentionner, quand l'option permet à l'enfant d'échapper à une filiation qui est en réalité adultérine. En cette matière, notre Droit repose largement sur le mensonge. En ne recherchant pas la date de la conception, donc en ne faisant aucun effort vers la vérité, on évite de s'interroger sur la qualification de la filiation, ce qui permet alors une solution plus conforme à la vérité ! Ecarter mensongèrement la filiation adultérine, c'est écarter le mensonge qu'elle porte avec elle, c'est servir la vérité !

Nous admettons volontiers que l'octroi à l'enfant d'un droit d'option n'est pas, sur le plan des principes, une solution idéale : ce droit constitue une faveur pour l'enfant et M. Roubier a pu écrire que « le mot Droit et le mot faveur s'excluent l'un l'autre » (15).

Cette faveur s'accorde mal avec les autres règles qui, techniquement, organisent notre droit de la filiation : la qualité de la filiation dépend de l'état des parents au moment de la conception, et non pas de la volonté de l'enfant ou de ses auteurs.

(14) Rapprocher ce cas de celui où l'enfant est né pendant l'« absence » du mari, *supra*, p. 24. Voir surtout le cas où l'enfant a le choix entre une légitimité d'origine ou une légitimité acquise (*infra*, pp. 41 et s.).

(15) « Le Droit transitoire », t. II, p. 342.

Toutefois, nous ne saurions nous associer à ces critiques. La vérité formelle est souhaitable, mais pas à n'importe quel prix. Et la construction jurisprudentielle a le mérite, beaucoup plus grand à nos yeux, de servir la vérité matérielle.

Il reste cependant, nous l'avons signalé, que la Cour de cassation n'a pas précisé que le choix de l'enfant ne pouvait être combattu par ses adversaires. Malgré tout, nous croyons que l'option de l'enfant ne peut être remise en cause par le défendeur. Sans doute, en matière de filiation naturelle, la date exacte de la conception peut-elle être recherchée. Mais si ce principe est admis, c'est parce qu'il favorise en règle générale l'apparition de la vérité. Si l'on s'attache donc au but poursuivi, on doit ici décider que le choix effectué par le demandeur sera sans appel.

La solution de la Cour de cassation, surtout si elle est interprétée dans le sens que nous venons d'indiquer, est d'autant plus remarquable que le refus de la vérité constitue la règle en matière de filiation adultérine. Nous allons le vérifier, dans une seconde section consacrée à la portée de la prohibition des articles 335 et 342.

CHAPITRE II

Vérité et casuistique dans la prohibition de l'établissement d'une filiation adultérine.

L'ensemble de cette matière est aujourd'hui extrêmement confus. Les principes fermes, les idées claires et simples font défaut. Chaque règle est assortie d'exceptions, de tempéraments, de restrictions. Le formalisme le plus étroit a régné pendant longtemps, un des grands soucis étant de sauvegarder les apparences. Mais il fallait alors les sauvegarder jusqu'au bout...

Le législateur de 1804, parce qu'il a beaucoup trop gravement méconnu la réalité, est responsable de cet « impressionnisme juridique » qui caractérise notre droit de la filiation. Mais les tribunaux de leur côté se sont eux aussi pendant longtemps assez bien accommodé de cette situation.

Cependant une évolution se dessine aujourd'hui. Certes, elle ne touche que certains points et sa portée exacte est encore difficile à cerner. Mais elle se fait dans le sens de la vérité. D'une part les rapports entre l'enfant et celui de ses auteurs qui est marié ne sont pas toujours inexistants, et d'autre part le vice qui les atteint ne se communique pas automatiquement à l'ensemble de la filiation.

SECTION I

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION A L'EGARD DU PARENT MARIE : LES TEMPERAMENTS A L'INTERDICTION

Les articles 762 et 908 C. civ. réglementent la situation juridique des enfants adultérins sur le plan pécuniaire. Ils n'ont droit qu'à des

aliments dans la succession de leur auteur et ne peuvent être gratifiés au-delà de cette limite. Ces dispositions supposent bien évidemment que la catégorie des enfants adultérins existe, malgré la prohibition générale.

Si la jurisprudence se montre fermement décidée à faire triompher la vérité, deux voies lui sont ouvertes :

- réduire le nombre des cas dans lesquels la nullité sera applicable;

- multiplier les hypothèses dans lesquelles, exceptionnellement, la proclamation de la filiation sera licite.

§ 1. — Les restrictions à la disparition effective d'une filiation adultérine.

Nous avons déjà exposé à quelles conditions un enfant est adultérin et nous avons cité à plusieurs reprises les articles 335 et 342 C. civ. Ces dispositions sont cependant sans application pour l'établissement d'une filiation à l'égard d'une femme mariée adultère. Si l'enfant a été déclaré à l'état civil sous le nom de sa mère ou s'il a intenté contre elle avec succès une action en recherche de maternité, il bénéficiera toujours du statut de la légitimité (1). Si sa mère l'a reconnu dans un acte séparé, cet aveu est inopérant : une femme mariée ne peut avoir que des enfants légitimes et la reconnaissance n'est pas un mode de preuve de la légitimité (2).

Les articles 335 et 342 interdisent au contraire au père adultérin de reconnaître son enfant et celui-ci ne pourrait pas davantage agir en recherche de paternité contre son auteur.

L'officier public doit refuser d'enregistrer la reconnaissance, même si l'adultérinité n'apparaît pas dans l'acte lui-même (3). En pratique cependant cette solution peut être difficile à mettre en œuvre car l'officier public ne connaît pas toujours l'état de mariage du déclarant. La carte d'identité, habituellement demandée, ne contient à ce sujet aucune indication.

(1) Cass. civ., 26 oct. 1927, D. 28.1.65, note ROUAST, S. 29.1.209, note SIMONNET ; Cass. civ., 7 juill. 1960, D. 60.545, note HOLLEAUX, J.C.P., 61.11923, note BOULBÈS ; Paris, 7 févr. 1964, G.P., 64.2.130.

(2) Cass. civ., 14 déc. 1925, D.H., 25.85 ; Paris, 15 mai 1920, D. 21.2.56.

(3) Trib. civ. Le Havre, 6 déc. 1924, G.P., 25.1.188 ; Cass. civ., 28 oct. 1923, G.P., 54.1.18, J.C.P., 53.7869, note J. S. Cet auteur considère la solution comme douteuse si l'illégalité n'apparaît qu'à la suite d'une confrontation avec d'autres pièces d'état civil.

On aboutit alors à une situation curieuse : incontestablement la reconnaissance est nulle, mais elle existe et toutes les conséquences de droit peuvent en être tirées (4).

Un auteur, très bien informé de ces questions, nous apprend que « la pratique de quantités de parquets et de certains tribunaux d'instance est en ce sens qu'il faut « accorder foi au titre » et tant qu'il n'a pas été statué sur la nullité de la reconnaissance de paternité, l'on ne saurait en faire abstraction » (5) .

A cette première limitation, temporaire, de la disparition de la reconnaissance s'en ajoute une autre. Tout intéressé peut certes en demander la nullité : l'autre parent de l'enfant par exemple (6), le tuteur (7), le conjoint de l'auteur de la reconnaissance (8), les enfants communs (9)... Mais le ministère Public n'a pas qualité pour agir. Sans doute la nullité est-elle absolue (10), mais elle n'est pas d'ordre public. Du moins, l'ordre public n'est pas « directement et principalement intéressé » (11).

Nous approuvons cette dernière solution. L'irrecevabilité de l'action du ministère Public favorisera le maintien d'une situation illégale, mais conforme à la vérité. Puisque aucun intérêt privé n'est lésé (sinon la nullité aurait été demandée), il ne faut pas priver l'enfant de sa véritable filiation au nom de l'idée abstraite de la défense de la famille légitime. A quoi bon se substituer à elle si elle ne ressent pas l'offense ? Une situation précaire, mais qui est l'expression de la vérité, est préférable à l'absence complète de tout rattachement entre le père et son enfant. L'enfant peut-il espérer qu'un jour son état de fils adultérin sera officiellement proclamé ?

(4) Voir Cass. civ., 14 oct. 1967, D. 68.41, note ROUAST : « Du vivant de M... (homme marié), l'exercice des droits de puissance paternelle par dame L... (mère célibataire), était en fait subordonné à la constatation de la nullité de la reconnaissance de M..., parce que première en date. »

(5) E.-S. de la MARNIÈRE, Bulletin du service juridique de la protection de l'enfance, 1968, p. 16.

(6) Cass. civ., 28 oct. 1953, précité.

(7) Paris, 24 févr. 1939, D.H., 39.218.

(8) Trib. civ. Domfront, 4 avr. 1947, G.P., 47.1.270 (l'épouse était séparée de corps) ; Cass. civ., 23 janv. 1956, J.C.P., 56.9139 (l'auteur de la reconnaissance était décédé en exhéritant son épouse).

(9) Cass. civ., 2 mars 1954, D. 54, note ROUAST, J.C.P., 54.8081, note ESMEIN.

(10) Trib. civ., Domfront, 4 avr. 1947, précité.

(11) Cass. civ. 10 juin 1953, J.C.P., 53.7823, D. 53.612, S. 54.1.48 ; G.P., 53.2.165. V. aussi Trib. civ. Seine, 3 févr. 1948, J.C.P., 48.4616, note DESBOIS.

Contra : Trib. civ. Caen, 11 nov. 1902, et Trib. civ. Gray, 25 mai 1910, Bull. Soc. Et. législ., 1911, p. 138 ; Mme TALLON-FROUIN, « De la preuve de la filiation adultérine », 1945, p. 23 ; PLANIOL-RIPERT, t. XI, n° 968.

§ 2. — Les incertitudes de la jurisprudence dans la proclamation exceptionnelle du lien de filiation adultérine.

Le législateur n'a pas *voulu* que la filiation adultérine soit constatée. Mais la vérité s'impose parfois avec tant de force, le maintien du mensonge serait tellement contraire à l'intérêt de l'enfant qu'il a bien fallu apporter quelques dérogations au principe de l'interdiction formelle d'établir ce lien illégal.

Par le jeu indirect d'autres règles du Code civil, la parenté adultérine se trouve quelquefois établie en fait.

Par le jeu de la légitimation, elle peut apparaître un instant de raison à la vie juridique lorsqu'elle est le prélude à l'acquisition d'une filiation légitime.

A. — L'ÉTABLISSEMENT INDIRECT DE LA FILIATION ADULTÉRINE PAR UN JUGEMENT.

Cet établissement est pour nous souhaitable car il présente l'avantage de donner à l'enfant un statut juridique correspondant à sa filiation biologique. Plutôt que de n'avoir officiellement pas de parents ou plutôt que d'être rattaché à un père qui n'est pas le sien, mieux vaut au moins porter le nom de son auteur, être sous sa puissance paternelle, pouvoir lui réclamer des aliments (12). Certes les libéralités dont l'intéressé pouvait bénéficier deviendront caduques (13), mais ce n'est là qu'un inconvénient mineur. Un seul inconvénient grave existerait si l'établissement de la filiation adultérine retenait sur la validité du lien de filiation à l'égard du parent célibataire. C'est un point que nous examinerons dans la section suivante.

Mais l'étude de la jurisprudence va se révéler de notre point de vue assez décevante car la Cour de cassation a pris en 1924 une position extrêmement restrictive (14).

Laurent avait proposé de combiner les articles 335 et 762-908 de la manière suivante : « l'esprit de la loi demande que la reconnaissance, tout en étant nulle comme titre de filiation, soit valable comme constatant un aveu de paternité ou de maternité. A la vérité, l'enfant pourra s'en prévaloir pour réclamer des aliments, mais aussi on pourra s'en prévaloir contre lui pour l'empêcher de prendre part dans

(12) AUBRY-RAU, t. IX, § 572, n^{os} 24 à 40 ; LEVASSEUR, J. Cl. civ., art. 331-342, fasc. K I, n^o 54 et s.

(13) Même si l'adultérinité ne ressort pas de l'acte juridique. Cass. civ., 20 avr. 1957, J.C.P., 57.102.52, note JOLY, D. 57.540.

(14) Req. 10 nov. 1924, G.P., 24.2.682, S. 27.1.362.

l'hérédité... La loi a beau déclarer l'acte nul, il reste l'aveu d'un fait; peut-elle faire que ce qui a été avoué, n'ait pas été avoué ? » (15). Cette distinction entre la filiation juridique et la filiation de fait (reprise sous une autre forme par la loi du 15 juillet 1955) aurait permis de méconnaître moins gravement la réalité. Elle a été malheureusement condamnée par la Cour de cassation « Attendu que la reconnaissance des enfants adultérins est prohibée par l'article 335 C. civ.; que si, aux termes de l'article 762 du même Code, la loi leur accorde des aliments, leur filiation adultérine, pour donner ouverture à ce droit, ne peut être invoquée que lorsqu'elle se trouve légalement établie *par la force même des choses* et non lorsqu'elle résulterait d'une reconnaissance volontaire frappée de nullité par la loi » (16).

La Cour suprême concilie donc d'une manière toute différente de celle de Laurent les articles 335 et 762. Le domaine d'application de l'article 762 est ainsi considérablement réduit. L'expression « filiation... établie par la force même des choses » est significative d'un état d'esprit particulièrement restrictif. Le droit aux aliments ne sera accordé à regret que si la parenté irrégulière est établie par contrecoup, par le fonctionnement de certaines institutions du Code civil dont la conséquence inévitable est la révélation du lien prohibé.

Il s'agit essentiellement du désaveu de paternité : la maternité adultérine sera officiellement constatée chaque fois que le mari aura prouvé qu'il ne pouvait pas être le père de l'enfant mis au monde par son épouse.

On cite encore traditionnellement le cas de l'enfant né d'un mariage annulé pour bigamie et non putatif (17). Mais comment la filiation de l'enfant pourrait-elle être établie ? Vraisemblablement, il a été déclaré à l'état civil sous le nom de sa mère. Cette inscription n'équivaut pas à une reconnaissance d'enfant naturel, et elle ne peut par ailleurs donner naissance à une filiation légitime car la légitimité suppose le mariage valable des parents. Nous pensons donc que cet enfant est juridiquement un « *filius nullius* » à moins que la bigamie ne soit le fait de sa mère, auquel cas il sera rattaché au mari de celle-ci (18).

(15) LAURENT, t. IV, n° 141.

(16) Req., 10 nov. 1924, précité. C'est nous qui soulignons.

(17) PLANIOL-RIPERT, t. II, n°s 974 et 310 ; AUBRY-RAU, t. IX, § 572, n° 19 ; Madame TALLON-FROUIN, « De la preuve de la filiation adultérine », 1945, pp. 71 et s. V. Paris, 24 juin 1960, J.C.P., 60.11887, note R. B.

(18) Madame TALLON-FROUIN fait justement remarquer qu'en cas de bigamie de la mère, le mari est souvent en état d'absence. La jurisprudence refuse alors de faire jouer la présomption de l'article 312 (Cass. civ. 19 déc. 1906, D. 07.289, note BINET, S. 11.1.260). V. la position de MM. COLIN-CAPITANT (t. I, n° 465) : Lorsque le père de l'enfant est bigame, l'adultérinité n'apparaît pas car la présomption de l'article 312 ne peut recevoir application puisque la mère n'était pas légalement mariée.

Enfin, la filiation adultérine existera officiellement lorsqu'elle aura été constatée par une décision de justice passée en force de chose jugée.

Dans une première série d'hypothèses, une erreur de droit ou de fait est à l'origine de l'apparition à la vie juridique d'un lien illégal.

— Erreur de droit : une cour d'appel constate la filiation paternelle d'un enfant, puis ordonne que soit administrée la preuve du mariage du père avec une autre femme que la mère. Aucun pourvoi n'est formé contre cet arrêt qui, pourtant, contrevenait aux dispositions de l'article 342. Ultérieurement, une seconde décision rendue en application de la première constate le mariage du père au moment de la conception de l'enfant. « Du rapprochement de la chose précédemment jugée et de la preuve actuellement faite, il résulte comme conséquence inévitable et forcée que G... L... est fille adultérine de G... B... » (19). La chambre des Requêtes rejeta le pourvoi contre cet arrêt.

L'erreur de droit serait encore plus grossière si par un seul jugement, un tribunal prononçait la paternité ou la maternité adultérine.

— Erreur de fait : un premier jugement condamne un homme, sur la base d'une reconnaissance, à contribuer à l'entretien de son enfant naturel. Plus tard un second jugement constate que cet homme était marié lors de la conception de l'enfant. La cour d'appel ne put que prononcer l'adultérinité et la chambre des Requêtes approuva sa position (20). L'ignorance d'une partie des données de la cause explique l'établissement judiciaire de la filiation irrégulière.

Dans ces deux cas, il était effectivement impossible de considérer comme inexistante la première décision, ou bien de la faire annuler.

Une seconde série d'hypothèses est plus intéressante car elle nécessite de la part des tribunaux une interprétation extensive de la notion de « chose jugée ». Certaines décisions de la Cour de cassation ont en effet proclamé la filiation adultérine établie en cas d'annulation d'un legs ou d'une reconnaissance.

Une reconnaissance d'enfant adultérin est annulée. Le père de fait gratifie ultérieurement son enfant. Mais le testament est également annulé car son auteur avait « entendu instituer la dlle Nicolas en tant que née de ses œuvres ». L'enfant sollicite alors l'octroi d'aliments en se fondant sur l'article 762 et elle obtient satisfaction « Indépendamment de la reconnaissance volontaire qui, déclarée nulle, ne pouvait produire aucun effet, la qualité d'enfant adultérin de Simone Marguerite Nicolas s'est trouvée établie par la décision définitive rendue sur l'action en nullité de legs » (21). Cette position est hardie.

(19) Caen, 16 janv. 1851, D.P., 55.1.53, sous Cass. Req., 12 déc. 1854.

(20) Req., 3 août 1908, D. 09.1.48.

(21) Cass. civ., 24 juill. 1941, S. 42.1.141, note MOREL, G.P., 41.2.325.

Tous les auteurs (22) ont fait remarquer que la décision annulant la libéralité reposait sur la croyance du testateur en sa paternité et non pas sur le lien de filiation lui-même. D'ailleurs la Cour de cassation en 1956 (23) a refusé d'annuler un legs bien que le testateur ait été précédemment condamné à verser une pension alimentaire à l'enfant sur la base de la novation d'une obligation naturelle en obligation civile : la condamnation, remarquait la Cour de cassation, n'établissait pas la filiation adultérine, mais seulement la croyance du défendeur en sa paternité.

Enfin, dans un arrêt du 20 avril 1957 (24) elle a pris une position de nouveau extrêmement favorable à la vérité : la filiation adultérine d'une personne est légalement établie par le jugement annulant la reconnaissance sur le fondement de l'article 335. Cette solution est tout à fait nouvelle : la chambre civile en 1941 (25) avait bien pris soin de noter que l'aveu illégal contenu dans un acte authentique ne devait « produire aucun effet ». En 1957 au contraire la disparition de la reconnaissance ne crée plus un vide total : elle laisse subsister le lien de filiation en changeant seulement sa qualification (26).

C'est finalement une impression de grande incertitude que laisse la lecture de ces arrêts. Aucune solution ferme n'est acquise. La Cour suprême n'a pas nettement choisi entre la vérité et le mensonge. Il semble toutefois, si la jurisprudence de 1957 est confirmée (27), que la première idée l'emporte sur la seconde. Pratiquement la filiation adultérine serait donc exceptionnellement consacrée, à la suite d'un jugement, dans les deux cas importants suivants : désaveu du mari, annulation d'une reconnaissance adultérine. Mais on aperçoit alors la fraude possible en présence d'une adultérinité *a patre* : le père reconnaîtrait l'enfant et ferait ensuite annuler la reconnaissance afin que celle-ci renaisse ! Un système juridique qui rend nécessaire le recours à de tels procédés est évidemment condamnable. Quels que soient les avantages individuels favorables à la vérité que certains plaideurs astucieux peuvent en obtenir, la construction juridique est en soi

(22) MOREL, S. 42.1.141 : « L'arrêt a fait une application forcée de l'autorité de la chose jugée ». Madame TALLON-FROUIN, *op. cit.*, pp. 90 et s. BOISSIÈRE, « L'enfant adultérin en droit positif français », 1945, pp. 90 et s.

(23) Civ., 13 avril 1956, D. 56.506.

(24) J.C.P., 57.10252, note JOLY, D. 57.540.

(25) Civ., 24 juill. 1941, précité.

(26) On rapprochera cette solution de celle de LAURENT (*supra*, p. 401 : l'annulation peut atteindre la reconnaissance, mais non l'aveu d'un fait).

(27) Mais elle est vivement critiquée. M. l'Avocat général LINDON (D. 1967.528, concl. sous Cass. Ass. plénière civ., 23 juin 1967) se réfère aux observations de M. Joly et s'élève « contre la doctrine, qui fut celle de la cour de Bordeaux, et qui consiste à donner à une annulation de reconnaissance la prétendue vertu de constituer une déclaration judiciaire de l'adultérinité ».

inadéquate. Il est vrai que dans ce cas le problème risque en fait d'être faussé car la légitimation apparaîtra peut-être comme le meilleur moyen de donner légalement à l'enfant la filiation qui est la sienne.

B. — L'ÉTABLISSEMENT DIRECT DE LA FILIATION ADULTÉRINE :
PRÉLUDE A UNE LÉGITIMATION.

Le principe de la légitimation des enfants adultérins, c'est-à-dire de leur accès au statut de la légitimité à la suite du mariage de leurs parents, a soulevé de graves controverses du fait qu'ils ont été conçus en violation des règles fondamentales du mariage.

Mais l'argument moral a perdu de sa force à partir du moment où le divorce fut rétabli en France (1884) avec la possibilité pour le conjoint coupable d'épouser son complice (1904). Puisque les amants pouvaient « régulariser » leur situation personnelle, il apparaissait illogique que l'enfant, vivant entre ses deux véritables parents, soit condamné à rester étranger à l'un d'entre eux au moins (28). L'intérêt de la vérité et celui de l'enfant se rejoignent et commandent l'intégration de l'enfant au sein de la famille fondée par son père et sa mère. De nombreuses lois se sont succédé entre 1907 et 1956, et l'on connaît le système actuel. Peuvent être légitimés :

- Tous les enfants adultérins « a patre » sans exception.
- Tous les enfants réputés conçus après l'ordonnance fixant à leurs parents une résidence séparée au cours d'une instance en divorce (28 bis).
- Les enfants adultérins « a matre » désavoués par le premier mari.

Dans tous ces cas, la légitimation sera acquise à deux conditions : le mariage des parents et l'établissement de la filiation de l'enfant.

Lorsque l'adultère est imputable à la mère, la filiation de l'enfant se trouvera constatée par son acte de naissance rectifié à la suite du désaveu. Le désaveu est indispensable pour que la légitimation soit possible. Le sort de l'enfant est donc entre les mains du premier mari, et l'on peut sérieusement redouter qu'il ne néglige volontairement de faire apparaître la vérité : son délai de réflexion pour engager une

(28) Voir le rapport de M. VIOLETTE au cours des travaux préparatoires de la loi du 7 nov. 1907, D. 07.4.172, 1^{re} colonne.

(28 bis) Lorsque l'enfant est né plus de 180 jours et moins de 300 jours après cette ordonnance un conflit de paternités surgit entre les deux maris successifs de la mère. Nous avons vu dans notre premier livre comment l'arrêt Brousson (Cass. Req., 23 août 1940, D.C., 41.4, note LALOU, J.C.P., 42.1607, note BRETON) l'avait résolu en accordant à l'enfant un droit d'option.

instance en désaveu est très bref et il risque, sous l'impulsion d'une colère justifiée, d'utiliser l'enfant comme un moyen de se venger de l'épouse infidèle. Sans doute sera-t-il obligé de laisser à l'enfant une part dans sa succession; mais cette échéance est lointaine et le sentiment instinctif l'emporte sur le raisonnement à long terme. Quant à l'obligation alimentaire, il peut espérer en être dégagé en fait : son épouse qui va divorcer et se remarier n'en réclamera pas l'exécution car le père fictif serait alors en droit d'élever l'enfant. La mère préférera y renoncer de manière à éduquer avec son nouveau mari leur enfant commun. C'est pourquoi le monopole du mari a été particulièrement critiqué dans cette hypothèse (28 *ter*).

Quoi qu'il en soit, l'établissement de la filiation adultérine ne soulève pas alors de difficulté puisque le désaveu est l'un des cas exceptionnels dans lesquels la constatation d'une filiation irrégulière est autorisée. Le problème est beaucoup plus délicat s'agissant des enfants adultérins « *a patre* ». La révélation de la paternité heurte directement la prohibition de l'article 335. Sans doute la légitimation, pour devenir une institution vivante, implique-t-elle cette dérogation au principe. Il est heureux néanmoins que la loi du 30 décembre 1915 ait formellement complété l'article 335 : la « reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, sous réserve des dispositions de l'article 331 ». La filiation sera normalement établie par une reconnaissance « au moment de la célébration du mariage » (art. 331). La reconnaissance n'est autorisée que parce qu'elle est destinée à disparaître immédiatement. Elle n'est qu'une étape transitoire vers la légitimation. Sa finalité justifie seule sa validité. L'intérêt de la famille qui se crée, l'intérêt de l'enfant enfin élevé par ses deux véritables parents justifient les dérogations au principe.

Ainsi, incontestablement, des efforts ont été entrepris afin que la vérité se fasse jour dans des cas de plus en plus nombreux, malgré la prohibition de principe de l'article 335. Mais si l'on dévoile plus aisément qu'auparavant la filiation adultérine, le risque est grand de voir le vice d'adultérinité réagir sur le lien de filiation valable. L'accent devra être mis très vigoureusement sur l'indépendance de la filiation paternelle et maternelle de manière à éviter toute « contagion ».

(28 *ter*) A titre d'exemple, voir GRAULICH, « Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime », 1951, p. 232 : « L'admission de la légitimation des enfants adultérins *a matre* implique une réforme complète de la matière du désaveu. Le monopole du mari ne peut plus se justifier... »

SECTION II

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION
A L'EGARD DU PARENT CELIBATAIRE :
LE REcul DES LIMITATIONS

Deux arrêts fondamentaux ont récemment précisé l'influence qu'exerce l'adultérinité d'un lien de filiation sur la validité de l'établissement de la paternité par le second auteur de l'enfant. Ces deux arrêts ont été rendus, l'un par l'assemblée plénière civile le 23 juin 1967 (29), l'autre par la première chambre civile le 14 novembre 1967 (30). « L'action en recherche de maternité était recevable dès lors que la mère n'étant pas mariée à l'époque de la conception, cette action ne faisait pas apparaître, par elle-même, le caractère adultérin de l'enfant à l'égard du père. » « La reconnaissance du père, lequel était marié, ne pouvait faire obstacle à la reconnaissance postérieure d'une filiation naturelle simple au regard de la mère libre de tout lien matrimonial. »

Désormais, un enfant n'est plus « adultérin », il est « adultérin à l'égard de son père » ou de sa mère ou de ses deux auteurs. L'ensemble de la filiation n'est pas illicite si un seul parent était marié avec une personne étrangère à l'enfant au moment de la conception. Cette proposition a été critiquée par M. Malaunie (31). « Il y a, biologiquement et juridiquement, un artifice à admettre la divisibilité de cette filiation... Biologiquement, un enfant ne peut être adultérin d'un côté, et simplement naturel de l'autre. » Nous ne partageons pas ce point de vue. C'est en effet la qualification de la filiation qui est en soi artificielle ! Biologiquement, un enfant n'est ni légitime ni naturel : il a un père et une mère et c'est tout. Si le Droit n'était que la traduction de la réalité du sang — ce que d'ailleurs il ne doit pas être —, tout enfant aurait juridiquement un père et une mère (à supposer faite la preuve de la parenté), mais les notions même de légitimité ou d'illégitimité n'auraient aucune raison d'être. Dès lors, artifice pour artifice, le système élaboré par l'assemblée plénière n'est pas plus curieux que le système antérieur qui aboutissait bien souvent à traiter de la même manière l'enfant simplement adultérin et l'enfant doublement adultérin.

(29) Arrêt Simon, D. 1967.525, conclusions de M. l'Avocat général LINDON et note MALAUNIE, J.C.P., 1967.15224, rapport de M. le Conseiller PLUYETTE.

(30) D. 1968.41, note ROUAST.

(31) Note précitée, D. 1967.525.

Les conséquences pratiques de cette jurisprudence sont très importantes. L'établissement *de fait* de la filiation illégale ne suffit plus à vicier la reconnaissance valable. Si l'auteur marié a déjà reconnu l'enfant ou s'il le reconnaît ultérieurement, cette reconnaissance n'empêche pas celle du parent célibataire. De même, une déclaration judiciaire de filiation serait recevable (32).

Peut-être faut-il cependant réserver le cas où l'acte de reconnaissance fait apparaître en lui-même l'adultérinité, soit que la reconnaissance du parent célibataire contienne l'indication du nom de l'auteur marié, soit que les deux parents aient conjointement reconnu l'enfant. Traditionnellement, l'acte de reconnaissance devait disparaître dans sa totalité : le Droit estimait ne pas pouvoir ignorer la révélation ainsi faite (33). On se souvient du commentaire de M. Rouast « Il est permis et même recommandé de dissimuler la vérité, mais à condition de ne pas laisser passer le bout de l'oreille » (34).

Ce problème précis n'avait pas été soumis à la Cour de cassation en 1967. Mais M. Malaurie a fort bien montré que « l'arrêt s'inspire d'une méthode qui paraît condamner tout formalisme en la matière : la vigueur avec laquelle il souligne la divisibilité des filiations implique ici le recul de l'indivisibilité de l'aveu » (35).

L'indépendance de la paternité et de la maternité, caractéristique fondamentale de la filiation naturelle, permet à la vérité de se manifester plus aisément si ce principe ne disparaît pas derrière un formalisme strict.

La jurisprudence poursuivra-t-elle ce même effort vers la vérité lorsque l'établissement du lien à l'égard de l'auteur célibataire est demandé à un moment où la filiation adultérine vis-à-vis de l'auteur

(32) Un point reste délicat : si la mère était mariée lors de la conception, une recherche de paternité naturelle peut-elle aboutir lorsqu'elle repose sur le viol, la séduction ou le concubinage, trois cas d'ouverture qui supposent la maternité certaine ? On peut le penser puisque l'action n'a ni pour objet ni pour effet la proclamation de la maternité adultérine.

(33) Cass. Req., 25 juin 1877, D. 78.1.262 ; Cass. civ., 17 juill. 1900, D. 00.1.558, S. 01.1.345 ; Cass. civ., 18 nov. 1907, D. 08.1.15, S. 09.1.210 ; Cass. Req., 1^{er} févr. 1876, D. 76.1.323 ; Cass. Req., 20 janv. 1883, D. 83.1.319 ; Cass. civ., 8 févr. 1927, D. 27.1.76 ; Cass. civ., 30 oct. 1956, J.C.P., 56.9680. Cet arrêt est particulièrement caractéristique : « Il n'est pas possible de diviser la reconnaissance, de ne retenir que la première partie de la déclaration comme reconnaissance d'une filiation simplement naturelle et d'en rejeter la seconde partie qui, en désignant la mère, implique l'adultère. »

(34) « Le bout de l'oreille », J.C.P., 1956.1.1339.

(35) D. 1967, p. 525.

Telle semble aussi être la position de M. l'Avocat général LINDON, du moins lorsque le nom de l'auteur marié est simplement mentionné par l'auteur célibataire : l'aveu est un acte strictement personnel et ne peut concerner l'acte d'un tiers. Son indivisibilité ne peut donc être invoquée dans ce cas.

Voir aussi le rapport de M. le Conseiller PLUYETTE.

marié est déjà *juridiquement* établie ? Concrètement le problème se pose en ces termes : l'enfant désavoué peut-il légalement être le fils naturel du tiers ? Si la solution rendue par la Cour de cassation en 1957 se maintenait (36), si l'annulation d'une reconnaissance adultérine valait déclaration judiciaire du lien adultérin, la portée du problème soulevé serait alors beaucoup plus large encore.

La cour de Paris, à trois reprises, dans des espèces où l'enfant avait été reconnu par son père avant l'établissement de la maternité et l'action en désaveu, avait refusé d'annuler la reconnaissance (37). L'article 335 « ne concerne que la reconnaissance qu'un homme ferait d'un enfant dont l'adultérinité serait d'ores et déjà établie ». Mais la cour ne justifie pas le principe qu'elle pose et son affirmation conduit de nouveau à un formalisme peu souhaitable puisque la validité de la reconnaissance dépendra de sa date. Cette position fut condamnée par la Cour de cassation dans deux arrêts du 3 juin 1964 (38). « Le désaveu, admis judiciairement, a révélé la filiation adultérine de l'enfant et doit dès lors entraîner, en raison des dispositions générales et absolues de l'article 335, la nullité de la reconnaissance, même antérieure au désaveu, faite par le père naturel » ; par conséquent, que la véritable filiation paternelle prenne place avant ou après le désaveu, elle sera toujours annulée.

La solution de la cour régulatrice est logique : le désaveu est un acte déclaratif qui rétroagit au jour de la naissance. L'aveu du père s'appliquait à un enfant qui se trouvait être adultérin. Mais le litige ne pouvait-il cependant être résolu autrement ? Les effets attachés au désaveu de paternité ne sont-ils pas excessifs ?

On ne peut pousser un raisonnement logique jusque dans ses extrêmes conséquences que si, au point de départ du raisonnement, toutes les données du problème sont incluses. D'ailleurs, même si cette condition est remplie, la logique doit parfois être tenue en échec si elle conduit à des conséquences qui, socialement, ne sont pas désirables (39).

Deux remarques peuvent alors être faites.

D'une part, l'article 335 s'explique par le désir de protéger la famille légitime. Or ce but n'est-il pas atteint par le désaveu ? Aux yeux de tous l'infidélité de la femme est manifeste puisque l'action

(36) Cass. civ., 20 avr. 1957, J.C.P., 57.10252, note JOLY, précité.

(37) 18 juin 1957, J.C.P., 58.10576, 3^e espèce ; 3 juin 1958, G.P., 58.2.85 ; 7 mars 1959, G.P., 59.2.84.

(38) D. 1964.700, note R. SAVATIER, S. 64.314, note PLANQUEEL (dans l'un de ces arrêts, l'enfant avait été déclaré à l'état civil sous le nom de sa mère) ; Montpellier, 29 mars 1963, D. 63.349, note ESMEIN.

(39) COULOMBEL, « Force et but dans le Droit selon la pensée juridique de Ihéring », Rev. trim. dr. civ., 1957.609 (625).

de son mari a été couronnée de succès. Le scandale, que sur le plan tactique on pouvait valablement éviter, est né. La famille n'a aucun intérêt juridique sérieux à ce que la filiation paternelle reste cachée. Au contraire, dans l'intérêt de la vérité et dans l'intérêt de l'enfant, il faut que la parenté puisse être établie à l'égard de l'auteur célibataire. Il est injuste que le désaveu du mari ait pour conséquence la rupture de tous les liens entre l'enfant et son véritable père : modification du nom (40), perte des droits de succession, transfert de la puissance paternelle et de la garde à une mère qui peut-être ne s'est jamais occupée de lui. Seul un droit de visite sera, semble-t-il, accordé au père (41).

D'autre part la nouvelle interprétation de l'article 335, telle qu'elle résulte des deux arrêts de 1967, nous paraît pouvoir conduire à une solution qui méconnaîtrait beaucoup moins gravement les droits de la vérité. Le principe qui leur sert de base — l'indépendance des deux liens de filiation — ne peut-il trouver ici un champ d'application nouveau ? Pourquoi accepter d'en limiter la portée, pourquoi ne pas en faire, dans l'état actuel de notre législation, l'idée de base simple et claire sur laquelle viendrait s'appuyer tout notre droit de la filiation illégitime ? Sans doute la filiation adultérine, lorsqu'elle est juridiquement constatée, s'impose-t-elle à tous. Mais il s'agit de savoir exactement « ce qui ne peut être relégué dans l'oubli et neutralisé » (42). Est-ce l'état d'enfant adultérin ou seulement le caractère adultérin de la filiation à l'égard de sa mère ? En interprétant les deux arrêts de 1967 selon leur esprit, on choisira la seconde solution.

Petit à petit, le souci de la vérité pénètre le droit de la filiation adultérine, mais l'évolution a jusqu'à présent été bien lente. Le législateur fut pendant longtemps partisan du silence et la jurisprudence n'a pas toujours cherché à le rompre. Le formalisme et la casuistique ont trop souvent dominé notre matière. Aucune règle générale de fond n'a été élaborée à partir des textes pour tenir compte des besoins nouveaux des intéressés et donc notamment du souci de la vérité. Il est vrai que la tâche était ardue et c'est pourquoi nous

(40) Sur l'importance du nom pour l'enfant, voir E.-S. de la MARNIÈRE, Service juridique de la protection de l'enfance, 1964.67 (69). L'auteur cite le cas d'un jeune garçon qui avait fait une fugue : il ne pouvait plus continuer de « vivre dans cette maison car il y avait trop de noms ».

(41) Cass. civ., 29 mars 1966, D. 66.369, note ROUAST, J.C.P., 66.14737, note R. L., et Cass. civ., 4 juin 1966, G.P., 66.2, contrairement à Cass. civ., 7 févr. 1964, G.P., 64.2.130.

Sur ce problème, voir VINEY, « Du droit de visite », Rev. trim. dr. civ., 1965.225 ; GAROLA-GIUGLIARIS, « Le fondement du droit de visiter et d'héberger l'enfant », D. 1965, chr. 1 ; RASSAT, « Père de droit et père de fait », Rev. trim. dr. civ., 1967.249 (295).

(42) DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1963.541.

pensons qu'aujourd'hui une réforme législative s'impose. Il faut d'une part mettre fin aux incertitudes et aux variations d'une jurisprudence qui semble tout à la fois en notre matière vouloir et ne pas vouloir la vérité et d'autre part autoriser très largement le parent célibataire à établir sa paternité ou sa maternité (43).

L'embarras de nos tribunaux en présence de textes qu'ils ne pouvaient ni ne voulaient heurter de front mais qui leur paraissaient cependant en partie condamnables, s'est assez souvent traduit par une solution moyenne : faire produire des effets à la filiation adultérine de fait. Cet ensemble imposant de décisions a ouvert la voie au législateur qui par la loi du 15 juillet 1955 a officiellement accordé aux enfants adultérins un droit alimentaire sur la base de la réalité des liens du sang.

(43) En ce sens, ROUAST, J.C.P. 1956.1.1339, article précité, et D. 1968.41, qui propose l'addition de l'alinéa suivant à l'article 335 : « La reconnaissance n'est pas interdite de la part de celui des auteurs de l'enfant qui est libre, même s'il mentionne le nom de l'autre auteur. »

TITRE II

LA PRISE EN CONSIDERATION DE LA VERITE EN MATIERE DE FILIATION ADULTERINE : L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

L'individu dont la filiation adultérine n'a jamais été légalement constatée jouit ou bien du statut d'enfant légitime, ou bien du statut d'enfant naturel simple. Ainsi se trouve créé un état apparent dont il importe de rechercher s'il empêche complètement l'apparition de la réalité. L'existence de la parenté physiologiquement exacte est-elle niée ou bien sa constatation juridique est-elle seule prohibée ?

Les termes mêmes de l'article 335 : la « reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin... » conduisent à dire que l'établissement de la filiation est seul interdit. Par conséquent, la vérité pourra produire certains effets limités (1).

La filiation de fait, c'est-à-dire la vérité, a « émergé » de deux façons :

— Par les effets attachés à la croyance à la vérité.

— Par la prise en considération de la vérité sans qu'elle soit proclamée.

La jurisprudence a attaché des effets juridiques à la croyance à la vérité en sanctionnant sur le plan civil l'engagement d'entretien souscrit par l'auteur adultérin au profit de l'enfant. La plus large portée fut accordée à ces promesses alimentaires.

(1) V. BOCROS, « Essai sur les conséquences juridiques de la filiation naturelle de fait », 1923.

Mais si fort que fût le désir de vérité des magistrats, le sort de l'enfant adultérin ne pouvait être amélioré que si son auteur avait manifesté d'une manière quelconque son intention de s'occuper de lui. Sinon on pouvait, toutes proportions gardées, rapprocher cette situation de celle faite aux enfants naturels simples avant la loi de 1912. L'homme qui s'était toujours désintéressé de l'enfant était à l'abri de toute poursuite.

Le législateur est intervenu pour éviter cette injustice. Une loi de 1955 accorda aux enfants adultérins ou incestueux le droit de faire établir en justice leur filiation de fait afin de faire peser sur l'auteur insouciant une obligation civile alimentaire. Juridiquement, l'enfant reste un « *filiius nullius* ». En fait, il est doté, à certains point de vue, d'un père et d'une mère. C'est la consécration par le droit civil d'un droit naturel reconnu depuis longtemps en dehors de la filiation adultérine : celui d'entretenir ses enfants, droit qui est « une conséquence et comme une sorte de continuation du fait de donner la vie » (2). La vérité physiologique est un fait que le législateur n'ignore plus délibérément (3), il la formule simplement d'une manière dégradée, atténuée.

(2) DERRIDA, « L'obligation d'entretien », 1947, p. 54.

(3) Rappelons, de plus, que les tribunaux ont depuis longtemps réduit les libéralités dépassant la part successorale lorsque le motif déterminant du donateur a été le lien de parenté adultérine (Cass. civ., 7 déc. 1840, S. 41.1.141 ; Cass. Req., 31 juill. 1860, S. 60.1.833, D. 60.1.458 ; Cass. civ., 22 janv. 1867, D. 67.1.5, note BEUDANT). Toutefois l'illicéité de la cause doit en principe apparaître dans l'acte juridique lui-même (cass. Req., 31 juill. 1860, précité ; Cass. civ., 22 janv. 1867, précité ; Cass. civ., 12 oct. 1954, J.C.P., 54.8515, note ESMEIN, Cass. civ., 13 avr. 1956, D. 56.506).

CHAPITRE PREMIER

L'œuvre de la jurisprudence :

l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant adultérin fondée sur la croyance.

L'enfant issu d'une liaison coupable n'est pas toujours abandonné par celui de ses auteurs engagé dans les liens du mariage. Bien souvent, mû par un sentiment de responsabilité à l'égard de l'enfant ou de l'autre auteur, le parent adultérin s'occupera matériellement au moins d'assurer l'entretien de l'enfant. Concrètement c'est le père, marié, qui enverra à la mère des subsides. Lorsque l'adultère a été commis par la mère, ou bien l'enfant — et c'est le cas le plus fréquent — est élevé au sein de la famille légitime qui subvient à ses besoins, ou bien il est élevé par son père mais celui-ci acquiert par son travail des revenus et ressent donc moins fortement la nécessité d'une aide financière.

Nous raisonnerons donc sur le cas le plus général, celui où le père marié a assumé un moment son obligation naturelle et entretenu l'enfant. Que ces versements viennent un jour à cesser et la mère essaiera alors de s'adresser aux tribunaux pour qu'ils en prononcent la continuation. L'obligation de l'auteur de l'engagement a pour cause la croyance en sa paternité. C'est cette croyance qui, nous le verrons en trois sections, rend licite l'obligation, permet de résoudre les problèmes de preuve et justifie assez souvent le maintien des versements quelle que soit la filiation légale établie par ailleurs. Mais nous verrons aussi que la croyance peut difficilement être détachée de la réalité. Le recours à la seule conviction de paternité permet d'expliquer les solutions les plus simples mais la recherche de la vérité intervient bien souvent dans les questions plus délicates.

SECTION I

CROYANCE ET VÉRITÉ DANS LA CAUSE DE L'OBLIGATION

A une époque où la recherche de la paternité naturelle simple était encore interdite, les tribunaux avaient atténué la rigueur de la prohibition légale en validant les promesses d'entretien émanant du véritable père (1). La technique de l'obligation naturelle qui avait permis d'obtenir ce résultat, fut réutilisée à notre propos. A vrai dire son application à la filiation naturelle simple soulevait peu de problèmes étant donné que l'aveu de paternité est absolument licite et créateur d'obligations débordant largement le cadre de la pension alimentaire. La filiation adultérine doit au contraire rester secrète. La vérité ne peut être révélée. Quelle utilité présentera alors le recours à la théorie de l'obligation naturelle ?

Pour valider les promesses d'aliments, la Cour de cassation a mis en avant deux raisons tirées, l'une de la cause de la promesse, l'autre de son objet. La première de ces raisons est pour nous très importante car elle illustre la difficulté de séparer croyance et vérité.

« Dans un contrat unilatéral, dit la cour régulatrice le 23 décembre 1935 (2), on ne saurait considérer comme illicite ou contraire aux bonnes mœurs la cause qui détermine le débiteur à s'obliger, lorsque celle-ci n'a eu d'autre but que d'exécuter une obligation naturelle qui pèse sur lui. » On pose ainsi en principe que l'exécution d'une obligation naturelle ne peut être illicite. Il reste alors à concilier de manière plus précise ce principe avec les dispositions de l'article 335, et la cour proclame « La cause d'un tel engagement, s'il est pris par le père adultérin, n'est pas le lien de filiation qui l'unit à l'enfant, mais une obligation naturelle dérivée d'un devoir de conscience. »

La substitution d'un devoir de conscience à une réalité biologique rend donc licite la cause de l'engagement. Mais ce devoir de conscience procède, à l'évidence, de la croyance en la filiation. La distinction entre cette croyance et le lien de filiation lui-même n'est-elle pas arbitraire ?

Tout d'abord, n'est-ce pas en fait la même raison qui pousse un homme célibataire à reconnaître un enfant et un homme marié à s'engager à l'entretenir ? Leur geste s'explique dans les deux cas par une même réalité : l'existence à l'époque de la conception de relations sexuelles avec une femme dont ils ont tout lieu de penser qu'elle

(1) Voir *supra*, pp. 306 et suivantes.

(2) S. 37.1.31, G.P., 36.1.148, D.H., 36.115.

leur a été fidèle. D'ailleurs, en notre matière, l'engagement subsistera même s'il a été pris parce que son auteur « se trouvait dans l'impossibilité de *reconnaître* ledit enfant en vertu de l'article 335 du C. civ. » (3).

D'autre part et surtout, la Cour de cassation n'a pas toujours distingué nettement la croyance en la filiation et la filiation elle-même. Elle ne le fait pas lorsqu'en matière de libéralités au profit des enfants adultérins, elle exige la preuve intrinsèque. Pour elle en effet (4), si la preuve que le testateur *croyait* gratifier un enfant adultérin doit résulter de l'acte lui-même, c'est parce que la loi *interdit d'établir* une filiation adultérine. Or, devrait-on dire dans la logique de notre arrêt du 23 décembre 1935, il ne s'agit pas d'établir une filiation, il s'agit d'établir une croyance en une filiation ! Et puisque la preuve de la croyance n'est pas interdite, on devrait normalement pouvoir la rechercher en dehors du legs ou de la donation.

En réalité, la jurisprudence en matière de libéralités montre bien qu'on ne peut pas dissocier complètement le régime juridique du lien de filiation et celui de la croyance au lien. Le désir d'écarter l'application de l'article 335 explique le recours à la distinction entre croyance et vérité dans la cause de l'obligation naturelle, distinction qui, nous l'avons vu, est contestable. La croyance en arrive à produire les mêmes effets que le lien établi juridiquement : droit à des aliments et limitation des libéralités.

S'agissant des libéralités dépassant les droits successoraux, la jurisprudence sera défavorable à l'enfant (5) parce qu'un texte précis condamne cet avantage jugé exorbitant.

S'agissant au contraire de droits alimentaires, elle servira les intérêts de l'enfant parce que la conviction de paternité débouche alors sur un domaine licite. L'engagement « tend seulement à la fourniture d'aliments qu'au cas où la filiation se trouve légalement établie, l'article 762 C. civ. permet à l'enfant de réclamer au parent adultérin alors civilement débiteur » (6).

Ainsi la promesse d'entretien ne contredit la prohibition légale ni par sa cause ni par son objet.

(3) Cass. civ., 14 janv. 1952, D. 52.172, note LENOAN. C'est nous qui soulignons.

(4) Cass. civ., 4 juill. 1960, D. 60.617.

(5) Elle sera défavorable quant au fond du droit : si l'on avait fait abstraction de la relation de parenté, la donation ou le legs n'aurait pas été réduit, mais elle n'est pas défavorable quant à la preuve : l'exigence d'une preuve intrinsèque empêche la plupart du temps la réduction en raison de la confusion entre la preuve du lien et la preuve de la croyance au lien.

(6) Cass. civ., 14 janv. 1952, précité.

La vérité n'apparaîtra pas dans toute sa plénitude, mais elle soutend les solutions partielles élaborées depuis longtemps par nos tribunaux. Parce que cette amélioration du sort des enfants adultérins est souhaitable, la jurisprudence a adopté pour la réglementation de la preuve une position où se mêlent la croyance, la vérité et la volonté, position qui finalement s'est révélée très souple.

SECTION II

CROYANCE, VERITE ET VOLONTE DANS LA PREUVE DE L'OBLIGATION

Pour contraindre le père à s'acquitter de son devoir, le demandeur devra établir :

- L'existence d'une obligation naturelle;
- Sa transformation en obligation civile.

Etablir l'existence de l'obligation naturelle, c'est prouver que l'engagement a été pris parce que son auteur croyait être le père de l'enfant (7). Or les décisions relèvent à cet effet tous les éléments rendant vraisemblable la paternité : relations intimes à l'époque de la conception, aveu implicite ou explicite, correspondance échangée entre les amants, marques d'affection envers l'enfant, etc... On retrouvera donc dans la preuve de l'obligation naturelle, objet de notre premier paragraphe, la même opposition, sans doute plus théorique que réelle, entre croyance et vérité.

L'existence de l'obligation civile nécessite, quant à elle, la preuve de la volonté du père de transformer en un engagement juridique ce que lui dictait sa conscience. Si la vérité risque alors d'être éliminée, c'est en raison des exigences qui assortissent la preuve de cette volonté. Volonté et vérité, telle sera l'opposition de notre second paragraphe.

§ 1. — Croyance et vérité dans la preuve de l'obligation naturelle.

Pour s'opposer dès l'abord à la naissance de l'obligation naturelle, les recueils de jurisprudence nous offrent divers exemples de défendeurs recourant, pour plaider leur cause, à l'intervention d'un élément physiologique : leur non-paternité.

(7) Cass. civ., 9 déc. 1952, précité.

Le tribunal doit-il accepter l'offre qui lui est faite par l'amant de prouver l'inconduite notoire de la mère ? De toute façon, il n'y aurait là aucune fin de non-recevoir péremptoire analogue à celle de l'article 340. Les magistrats garderaient leur entier pouvoir d'appréciation.

La Cour de cassation n'a jamais eu à trancher ce litige et les juridictions du fond sont très divisées. Certaines refusent de faire droit à la demande du père (8). Rien ne prouve que l'infidélité de la mère, même si elle avait été connue, ait suffi à détruire la conviction de paternité.

Nous estimons une distinction nécessaire. Si l'amant s'est engagé formellement, en toute connaissance de cause, nous ne croyons pas que l'on doive l'autoriser à rapporter la preuve de l'inconduite de la mère. En effet il n'a été, dans cette hypothèse, victime d'aucune erreur et nous verrons que l'erreur sur la cause est le moyen technique utilisé par le plaideur à l'appui de sa demande.

Mais il faut reconnaître que ce cas se présentera rarement en pratique (9). On imagine difficilement qu'un amant, sachant qu'il n'est pas le seul à partager les faveurs de sa maîtresse, s'engage à entretenir un enfant qui risque d'être celui d'un autre. On ne peut nullement présumer que, s'il avait été au courant, il aurait néanmoins souscrit son engagement. Cette présomption serait contraire à la réalité : concrètement en effet, l'homme ignorait son infortune lorsqu'il a décidé de nourrir désormais l'enfant. Il s'y était engagé uniquement parce qu'il avait la conviction d'être le père. La croyance en la paternité était la cause de l'engagement. Si cette croyance s'avère erronée, l'engagement reposait donc sur une fausse cause et le « père » doit pouvoir en demander la nullité. Il faut donc autoriser la preuve qu'il sollicite (10).

Toutefois, de même que l'inconduite de la mère ne suffit pas en fait à écarter une paternité, de même elle ne suffit pas non plus à écarter une croyance en la paternité. C'est pourquoi l'engagement ne doit pas être annulé automatiquement chaque fois que l'infidélité de la mère est établie. Il faut encore que le maintien de la conviction de paternité soit, sinon totalement exclu, du moins très peu vraisemblable. Or comment faire cette preuve sinon en établissant que l'auteur de la promesse ne peut pas être le père de l'enfant ? La cour

(8) Paris, 20 avr. 1944, G.P., 44.1.287 ; Bourges, 22 févr. 1956, D. 56.730, G.P., 56.1.282.

(9) V. cependant Paris, 25 févr. 1964, J.C.P., 64.13738, note R. B.

(10) Paris, 3 févr. 1944, G.P., 44.1.226 ; Trib. civ. Lyon, 20 janv. 1950, D. 50, somm. 4 ; Trib. civ. Saint-Malo, 13 juin 1952, J.C.P., 52, somm. 171 ; Amiens, 8 juill. 1954, J.C.P., 54, somm. 155.

de Paris dira (11) : il faut que « l'erreur alléguée (soit) de nature à détruire toute possibilité de paternité ». A de nombreuses reprises d'ailleurs, des expertises sanguines ont été ordonnées (12).

Nous approuvons la jurisprudence d'avoir ainsi refusé d'annuler systématiquement les promesses sur la seule base de l'inconduite. Mais nous croyons cependant que cette jurisprudence est trop sévère lorsqu'elle exige, pour l'annulation, la preuve de l'impossibilité absolue de paternité.

On aboutit en effet à cette conséquence que si les deux paternités sont également douteuses, l'obligation souscrite par l'amant le plus scrupuleux subsistera. N'est-il pas humainement regrettable de sanctionner ainsi celui des deux hommes dont la bonne foi a été trompée ? Son geste, témoignage d'un devoir de conscience qu'il estimait nécessaire d'assumer, ne doit pas se retourner contre lui.

Juridiquement, cette sévérité qui est celle de nombreuses juridictions (13) n'est pas à l'abri de toute critique. Nous savons que la plupart du temps la fidélité de la mère était à la base de l'engagement du demandeur. Si l'infidélité avait été connue, l'amant n'aurait rien promis. La preuve de la diversité des relations sexuelles devrait donc inciter les juges à admettre facilement l'erreur sur la cause. Le père « possible » ne doit pas être déclaré père nourricier sous peine de heurter la vérité biologique.

La solution que nous préconisons n'aboutirait pas à faire disparaître l'obligation du prétendu père chaque fois que la pluralité d'amants serait certaine. Le tribunal aurait l'obligation de rechercher *dans chaque cas* où est la vérité, mais il devrait accueillir l'action du demandeur lorsque sa non-paternité serait vraisemblable et pas seulement lorsqu'elle serait certaine (14).

Quoi qu'il en soit, nous pensons avoir démontré que la croyance sur laquelle repose la promesse est difficilement détachable de la réalité.

(11) Paris, 12 nov. 1964, J.C.P., 65.14104, note R. B. Mais elle tire de ce principe une conséquence que nous n'approuvons pas : le maintien de l'engagement si la paternité est douteuse.

(12) Trib. civ. Seine, 14 mars 1950, D. 50.495 ; Bourges, 22 févr. 1956, précité ; Rennes, 27 févr. 1961, J.C.P., 62.12461, note R. SAVATIER, G.P., 61.2.20 (l'expertise avait pour but de déterminer la capacité de procréation du prétendu père) ; Paris, 12 nov. 1964, J.C.P., 65.14104, note R. B.

(13) Trib. civ. Fontainebleau, 22 juin 1949, D. 49.437 ; Tib. civ. Dieppe, 10 mai 1950, J.C.P., 50.5710, note J. S., et surtout, de manière très ferme, la Cour de Paris : 20 févr. 1958, J.C.P., 58, somm. 145 ; 18 janv. 1963, cité par R. B., J.C.P., 64.13738 ; 25 janv. 1963, J.C.P., 65.14104 ; 5 nov. 1963, J.C.P., 64, somm. 35 ; 25 févr. 1964, J.C.P., 64.13768 ; 12 nov. 1964, J.C.P., 65.14104, note R. B.

(14) Voir M.-L. RASSAT, « Père de droit et père de fait », Rev. trim. dr. civ., 1967.249 (271) : « L'engagement du père de fait peut être annulé pour absence de cause si sa croyance en sa paternité a été erronée, mais à condition de prouver cette erreur sans équivoque possible. »

La vérité est la source du devoir de conscience et de son expression juridique. L'obligation naturelle n'accède en notre matière à la vie juridique que si son titulaire l'a bien voulu et a entendu lui substituer une obligation assortie de sanction.

§ 2. — Vérité et volonté dans la preuve de l'obligation civile.

La transformation de l'obligation naturelle en obligation civile reste le problème le plus délicat. Le père ne sera contraint de s'occuper matériellement de son enfant adultérin que s'il s'y est engagé. Or, bien souvent, il est difficile de trouver une preuve parfaite de cet engagement.

Un ensemble de présomptions peut-il y suppléer ? La majorité de la jurisprudence l'admet (15) mais à condition que soient respectées les prescriptions relatives à la preuve des actes juridiques. La Cour de cassation a rappelé ce principe général en 1948 (16) : « cet engagement est soumis aux règles du droit commun de la preuve... ; ... à défaut d'un acte écrit formant par lui-même un titre parfait, son engagement pourra résulter d'un commencement de preuve par écrit complété par des témoignages et des présomptions ». Un avertissement est ainsi donné aux juges du fond qui tendaient à faire prévaloir la vérité en découvrant, peut-être trop facilement, une promesse implicite d'aliénements dans l'attitude de l'amant (17).

Le commencement de preuve par écrit doit être « susceptible de rendre vraisemblable la novation alléguée » (18). La jurisprudence a par exemple retenu les talons de chèques envoyés par le prétendu père (19), les livres de compte d'une société dirigée par l'amant lorsqu'ils établissent le versement régulier à la mère d'un salaire fictif (20), l'engagement non causé de verser à la mère une certaine somme jusqu'à une certaine date (21), la correspondance amoureuse échangée entre les parties quand elle traduit le souci de l'amant de ne pas abandonner la mère (22)... La persistance d'une volonté de ne pas

(15) Voir les décisions citées plus loin.

(16) Civ., 25 oct. 1948, J.C.P., 48.4634, note CAVARROC.

(17) Rennes, 11 nov. 1941, D.A., 42.104 ; Bordeaux, 11 mars 1947, J.C.P., 47.3800, note G. B., et postérieurement à 1948 l'arrêt d'appel cassé le 18 déc. 1951, D. 52.289, G.P., 52.1.120.

(18) Cass. civ., 9 nov. 1954, J.C.P., 55.8516, note J. SAVATIER, D. 55.48, G.P., 55.1.66.

(19) Trib. civ. Dijon, 13 nov. 1954, J.C.P., 55.8550, note LEGAIS, infirmé par Dijon, 29 juin 1955, J.C.P., 55.8856.

(20) Lyon, 12 déc. 1957, J.C.P., 58.10394, note NERSON.

(21) Paris, 18 oct. 1960, J.C.P., 60.11798 bis, note P. B.

(22) Trib. civ. Lille, 27 mai 1949, D. 49, somm. 43.

laisser l'enfant sans ressources satisfait aux exigences de l'article 1347 si cette intention s'est concrétisée dans un écrit.

Cependant, même en l'absence d'un écrit, le représentant de l'enfant adultérin n'est pas dans tous les cas réduit à l'impuissance. La jurisprudence dispense en effet le demandeur de cette preuve littérale chaque fois que l'article 1348 C. civ. peut s'appliquer.

La cour de Paris a utilisé ce moyen à plusieurs reprises dans des hypothèses où les relations avaient été suffisamment suivies pour constituer un concubinage. « En raison de la confiance réciproque qui régnait entre les concubins, une demande d'engagement novatoire écrit de l'obligation alimentaire était un fait moralement absolument impraticable » (23).

Cette faveur pour la vérité grâce à l'élargissement des règles relatives à la nécessité d'une preuve écrite est fort importante en pratique. Le climat de confiance existe souvent entre les amants de sorte que la mère n'osera demander aucun engagement écrit dans la crainte d'indisposer le père et d'entraîner ainsi la fin de la liaison (24). Le même raisonnement devrait s'appliquer au cas où, même en l'absence de relations suivies, le père s'est occupé préalablement de l'enfant. Plutôt que de « risquer le tout pour le tout », la mère préférera s'abstenir de toute réclamation pour maintenir les choses au moins dans leur état actuel. La participation à l'entretien, un des éléments constitutifs de la possession d'état, suffirait à elle seule à prouver la novation, tout comme elle sert de base (dans certaines conditions) à une recherche de paternité naturelle. Il est d'ailleurs inutile en notre matière de vouloir qualifier cette contribution soit de possession d'état diminuée soit d'aveu puisque la preuve est libre.

Mais cette liberté se heurte, nous le savons, à l'article 335. L'aveu explicite qui, en d'autres circonstances établit la filiation complète, peut-il être de quelque utilité à la mère ou à l'enfant ? Une telle reconnaissance, parce qu'elle fait apparaître une vérité immorale, est traditionnellement nulle et de nul effet. Les juges du fond en ont

(23) Paris, 18 juin 1953, J.C.P., 53.7773, G.P., 53.2.134 ; V. aussi Paris, 16 févr. 1956, J.C.P., 56.9327, note ESMEIN, D. 56.204 (liaison de 15 ans) ; Paris, 9 avr. 1957.10177, note NERSON, D. 57.455, S. 57.301 ; Paris, 8 janv. 1957, D. 57.200, note ESMEIN.

Un arrêt de la chambre civile du 2 déc. 1959, D. 60.681, note HOLLEAUX, mentionne l'art. 1348. Mais aucune conséquence définitive ne peut en être tirée car le jugement ayant autorisé la preuve testimoniale sur le fondement de cet article était passé en force de chose jugée.

(24) La Cour de Dijon (25 juin 1955, J.C.P., 55.8856) refusa d'appliquer l'art. 1348 bien que les qualités d'amant et de maîtresse aient été doublées de celles de patron et de secrétaire. L'impossibilité morale ne résultait, selon elle, d'aucun fait de la cause.

cependant rapidement tiré parti (25). Certes, la reconnaissance en tant que aveu d'une filiation adultérine est nulle. Mais il ne faut pas se placer sur ce plan matériel. Il faut envisager le contexte psychologique qui accompagnait la reconnaissance (26). Au moment où elle a eu lieu, son auteur entendait assumer les responsabilités qui en découlent. Cette recherche d'intention pourra amener les juges à considérer l'aveu comme un indice de la volonté de transformer en obligation civile l'obligation naturelle d'entretenir l'enfant.

Cette position est celle de la Cour de cassation. En jugeant en 1948 (27) « qu'il n'appartenait pas aux juges du fond, sous prétexte d'interprétation, de faire découler du *seul* (28) aveu de paternité adultérine non légalement établie, la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile », elle décidait implicitement mais très nettement que l'aveu pourrait être pris en considération. Effectivement, en 1960 elle compléta sa pensée en admettant qu'il pouvait cependant valoir comme commencement de preuve par écrit. « La cour d'appel, qui énonce que ... cet acte est nul en tant que « manifestation écrite... de la volonté du défunt » rendant vraisemblable sa décision « d'assumer les charges et obligations d'un père naturel » a pu, en l'état de ces constatations et appréciations souveraines d'intention, considérer l'écrit en question comme répondant aux exigences de l'article 1347 alinéa 2 C. civ. » (29).

Cette jurisprudence constitue en fait une exception particulièrement importante au principe de l'article 335. Sans doute l'aveu ne peut-il créer un nouvel état à l'enfant. Mais il contribue grandement à lui donner un père nourricier. Qu'il vienne à être annulé et la filiation sera peut-être légalement établie (30). Qu'il soit maintenu et l'enfant a toutes les chances de pouvoir lui réclamer avec succès des aliments.

Bien plus, si cet aveu n'a pas été fait spontanément, le demandeur pourra chercher à le provoquer au moyen d'une comparution personnelle. C'est la cour de Paris qui, passant « à la guérilla... dans

(25) Dijon, 23 avr. 1931, D.H., 31.373 ; Trib. civ. Seine, 14 mars 1950, D. 50.495 ; Paris, 4 juin 1954, J.C.P., 54.8343, note J. SAVATIER, D. 54.544 ; Trib. civ. Marseille, 19 oct. 56, J.C.P., 56.9602, note ROUAST ; Paris, 8 janv. et 9 avr. 1957, précités.

(26) Voir notamment : Trib. civ. Seine, 14 mars 1950, précit.

(27) Civ., 4 mai 1948, G.P., 48.2.40.

(28) C'est nous qui soulignons.

(29) Civ., 16 mai 1960, D. 60.681, note HOLLEAUX, 2^e espèce.

(30) Civ., 20 avr. 1957, J.C.P., 57.10252, note JOLY, D. 57.541.

le maquis de la procédure » (31), suggéra ce nouveau moyen d'éluder les exigences de forme posées par la Cour de cassation (32).

Cette mesure peut avoir une double utilité : les déclarations recueillies constitueront un commencement de preuve par écrit de la novation, ou bien des circonstances de fait ainsi révélées se dégagera l'impossibilité où se trouvait la mère de se procurer la preuve littérale. Grâce à ces deux moyens (recours à l'article 1348 ou à la comparaison personnelle), les juges du fond arriveront à tourner légalement les exigences de la Cour suprême. Il leur suffira de quelques précautions techniques (33) pour ne pas être gênés par ces règles de forme et pour rendre légale la solution que leur impose, dans la limite des textes, le souci de la vérité.

Le demandeur habile franchira ce premier obstacle et devra alors affirmer la conviction des magistrats en leur proposant des présomptions complémentaires. Elles devraient traduire la volonté du père de subvenir pour l'avenir aux frais d'éducation de son enfant : ainsi en sera-t-il d'une assurance-vie modifiée pour que l'enfant en devienne bénéficiaire (34), du témoignage des commerçants venant assurer que le père adultérin effectuait chez eux des achats pour sa fille (35), de la correspondance des parties (36), etc...

Mais bien souvent les décisions relèvent seulement des circonstances de fait manifestant l'intérêt que portait le père à son enfant, telles l'affection qu'il avait pour lui (37) ou la contribution antérieure à son entretien (38). Il serait plus logique d'utiliser ces éléments au premier stade du raisonnement, au moment de la preuve de l'obligation naturelle.

En fait la jurisprudence ne distingue pas ces différentes étapes. Elle cherche à établir sans ordre précis la paternité du défendeur et

(31) LACARDE, Rev. trim. dr. civ., 1952.357.

(32) Paris, 22 févr. 1952, D. 52.401, note G. H. ; Paris, 18 oct. 1960, J.C.P., 60.11798 bis, note R. B.

(33) Si les cours d'appel avaient pris soin de préciser soit que le testament ou la police d'assurances en faveur de l'enfant constituaient un commencement de preuve par écrit, soit que le concubinage créait une impossibilité morale d'exiger la preuve littérale, leurs arrêts n'auraient pas été cassés par la cour suprême, le 15 janv. 1957, J.C.P., 57.9791 ; 9 nov. 1954, J.C.P., 55.8516, note J. SAVATIER, D. 55.48, G.P., 55.1.66 ; 18 déc. 1951, D. 52.289, G.P., 52.1.120.

(34) Lyon, 12 déc. 1957, J.C.P., 58.10394, note NERSON.

(35) Trib. civ. Marseille, 19 oct. 1956, J.C.P., 56.9602, note ROUAST.

(36) Cass. civ., 1^{er} févr. 1955, Bull. cass., 56.47 : « Bientôt ma chérie, je pourrai le gâter autant qu'il a droit. »

(37) Paris, 4 juin 1954, J.C.P., 54.8343, note J. SAVATIER, D. 54.544, Paris, 9 avr. 1957, précité ; Lyon, 12 déc. 1957, précité : le père avait assisté à l'accouchement et brûlé un cerje à Lourdes pour la guérison de son enfant infirme.

(38) Paris, 18 févr. 1910, S. 10.2.220 ; Trib. civ. Seine, 14 mars 1950, D. 50.495 ; Trib. civ. Privas, 28 févr. 1952, S. 52.2.148 ; Paris, 4 juin 1954, précité ; Trib. civ. Marseille, 18 oct. 1956, précité ; Duai, 28 nov. 1961, J.C.P., 62.12691, D. 62.314.

le caractère quelque peu suivi des subsides versés à la mère en argent ou en nature. Parmi toutes ces présomptions, elle en mettra une en exergue et trouvera là le commencement de preuve par écrit indispensable. En l'absence de tout écrit, elle proclamera l'impossibilité morale pour la mère de se le procurer, ou en dernier ressort fera comparaître le père. Une fois l'adminicule établi, la jurisprudence ne prend pas soin d'indiquer ce qui, parmi tous les éléments de fait, vaut comme présomption complémentaire de la novation ou comme preuve de l'obligation naturelle. L'essentiel est que le père physiologique soit proclamé père nourricier.

Lorsque l'obligation naturelle et la novation sont prouvées dans les formes légales, plus rien semble-t-il ne devrait empêcher le tribunal de proclamer l'existence d'une obligation civile. Effectivement, le lien biologique produira ses effets alimentaires chaque fois que l'enfant n'a pas, juridiquement, d'autre père. Mais qu'il jouisse déjà d'une autre filiation paternelle, ou qu'il vienne à être rattaché à un autre homme, et le père adultérin prétendra alors que cette filiation contraire contredit la vérité sur laquelle l'engagement semblait reposer. Quel sera donc le sort de la promesse d'aliments en présence d'une filiation contraire légalement établie ?

SECTION III

SORT DE LA PROMESSE D'ALIMENTS EN PRESENCE D'UNE FILIATION CONTRAIRE LEGALEMENT ETABLIE

La promesse d'aliments n'exerce aucune influence sur l'état de l'enfant. Il conserve intégralement l'état dont il jouissait avant l'action en justice. Mais la réciproque est-elle vraie ? La filiation de l'enfant ne modifie-t-elle pas les chances de succès de l'action ? Le problème se pose dans deux cas :

— La mère n'était pas mariée lors de la conception de l'enfant. Elle l'a reconnu et a agi contre le père adultérin. Mais ultérieurement un autre homme a avoué sa paternité à l'égard de l'enfant.

— La mère était mariée au moment de la conception et la filiation légitime de l'enfant se trouve établie.

Dans ces deux hypothèses, lorsque le père adultérin ne voudra plus entretenir l'enfant, il essayera de justifier sa position en invoquant le lien de filiation qui unit légalement cet enfant à un autre homme. Il est certain que dans la majorité des cas c'est le père adultérin

qui a effectivement engendré l'enfant. La filiation juridiquement établie n'est pas le reflet de la filiation biologique.

Il convient donc de rechercher quel rôle on accordera à la vérité lorsque celle-ci est en contradiction avec une filiation légalement établie.

§ 1. — Sort de la promesse d'aliments

lorsque l'enfant est postérieurement reconnu par un tiers.

Rappelons l'hypothèse : un homme a été condamné à verser à son enfant adultérin une pension alimentaire sur la base de la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile. Cet enfant est ensuite reconnu par un autre homme. Le père adultérin estime alors qu'il est dégagé de toute obligation. Sa prétention doit-elle être accueillie ?

La jurisprudence est très divisée et lorsque dans deux cas une solution identique est donnée le fondement en est très souvent différent.

Une première série de décisions ordonne la cessation des versements. Certains de ces arrêts ne sont pas hostiles à une succession de paternités dans le temps. Le Droit ne peut admettre de tirer en même temps des effets juridiques de deux paternités, mais il peut admettre qu'un enfant ait successivement deux pères. Le père adultérin sera tenu vis-à-vis de l'enfant jusqu'à ce qu'un autre homme « prenne le relais ». N'est-ce pas d'ailleurs la situation à laquelle on aboutit lorsqu'un enfant légitime a été ultérieurement pris en charge et légitimé par le second mari de sa mère, à la suite d'un désaveu ?

C'est en tout cas, la position de la cour de Paris (39). La mère, en laissant son mari endosser la paternité de l'amant, « a renoncé à regarder D... (son ancien séducteur) comme tenu de remplir à l'égard du mineur un devoir de paternité pour l'avenir ». L'exactitude de ce fondement est douteuse car la mère ne peut pas, au nom de son enfant, renoncer à une pension alimentaire.

M. J. Savatier a proposé une autre justification. « Ce devoir cesse, ou tout au moins n'est plus assez fort pour constituer une obligation naturelle lorsque l'enfant est en état de pourvoir lui-même à ses besoins. Il doit en être de même si... la satisfaction des besoins de l'enfant est assurée comme s'il s'agissait d'un enfant légitime » (40). Mais tout le problème est justement de savoir si le père légal ne

(39) 23 juin 1949, J.C.P., 50.5253, note J. SAVATIER.

(40) 23 juin 1949, J.C.P., 50.5253, note J. SAVATIER.

pourra faire appel au père payant pour se libérer de son obligation (41).

D'autres arrêts repoussent cette dualité de paternités, même échelonnée dans le temps. Cette demi-mesure est incompatible avec les données physiologiques les plus élémentaires : un enfant ne peut pas avoir plusieurs pères. Le raisonnement est jusqu'ici conforme à la vérité biologique. Mais il s'en écarte complètement lorsqu'en présence de deux convictions contraires, il préfère celle qui s'est traduite par une reconnaissance légale. Le choix s'effectue en fonction d'un critère juridique.

Pour la cour de Besançon (42), il est illicite d'entretenir celui que l'on considère comme son enfant adultérin alors qu'il est devenu légalement l'enfant d'un autre. La croyance en sa paternité « ne pouvait légalement subsister ». Cette formule laisse penser que la croyance du père est désormais dépourvue d'effets. Mais l'arrêt ajoute : l'obligation civile d'entretien est « devenue rétroactivement sans cause licite » ce qui impliquerait que légalement le père ne pourrait même plus croire à sa paternité !

Pour la cour de Nancy (43) la reconnaissance prouve l'erreur du père adultérin. L'engagement de celui-ci est « dépourvu de cause ».

Le tribunal de Corbeil (44), quant à lui, s'attache moins à la conviction de paternité qu'à sa conséquence : l'obligation alimentaire. Puisque l'auteur de la reconnaissance est tenu par la loi (art. 333 C. civ.) d'élever son enfant, il faut donner le pas à cette obligation alimentaire légale.

En résumé donc, un seul homme aura désormais la charge de l'enfant : le père légal. Il évince complètement le père nourricier. Ainsi se trouve affirmée la supériorité de la filiation de droit sur la filiation de fait, de la filiation légitime sur la filiation naturelle.

On comprend que cette solution, pour logique qu'elle soit, ait été considérée par certains tribunaux comme manquant de réalisme.

Plusieurs décisions ont maintenu l'engagement du père malgré la reconnaissance et la légitimation de l'enfant par le tiers (45).

L'accent est mis sur le lien physiologique unissant l'homme à l'enfant. Lorsqu'il a été considéré par le père comme suffisamment vraisemblable pour servir de base à l'engagement d'entretien, il ne

(41) PÉLISSIER, « Les obligations alimentaires », 1961, p. 101.

(42) 19 déc. 1950, G.P., 51.232, D. 51.554.

(43) 10 juin 1948, G.P., 48.252.

(44) 4 juill. 1957, G.P., 57.234.

(45) Trib. civ. Reims, 11 déc. 1947, G.P., 48.252 ; Riom, 6 juin 1953, J.C.P., 53.7907, note RAYNAUD ; Douai, 28 nov. 1961, J.C.P., 62.12691, D. 62.314 ; Paris, 3 juin 1966, J.C.P., 67.15124, note MALAURIE.

peut soudain disparaître par le simple effet d'une manifestation de volonté opposée. Cet argument s'appuie sur le raisonnement juridique suivant : la promesse d'aliments du père adultérin est valable parce qu'elle repose sur une croyance en la paternité et non sur le lien de filiation lui-même. L'établissement d'une filiation naturelle simple ne suffit pas à détruire la croyance antérieure contraire. Celle-ci en effet s'est fait jour parce qu'elle était étayée sur un certain nombre d'éléments de fait concrets. Or ces mêmes considérations biologiques peuvent très bien être absentes de la reconnaissance faite par le tiers, futur mari de la mère de l'enfant. On sait le nombre important de reconnaissances fictives. L'existence antérieure de la promesse d'entretien fait présumer que la reconnaissance a été une reconnaissance de complaisance. Une conviction de paternité ne peut être anéantie par une reconnaissance contraire à propos de laquelle le juge doit se contenter de l'affirmation de volonté de celui qui l'a faite.

Concrètement, l'enfant bénéficiera de deux obligations alimentaires, l'une volontaire, l'autre légale. Recevront-elles effet en même temps ? Des hésitations de nouveau se font jour en jurisprudence. La cour de Riom avait estimé prudemment que l'obligation née de l'engagement volontaire « ne semblait pas être subsidiaire ». La cour de Douai déclare au contraire nettement que c'est l'obligation légale « qui a un caractère subsidiaire ». La cour de Paris enfin estime que les deux obligations « ne sont pas hiérarchisées... mais viennent en concours ».

On aboutit ainsi à une solution tout à fait originale : celui qui est juridiquement le père est déchargé en tout ou en partie de l'entretien de l'enfant parce que sa paternité est contraire à la vérité ! La dissociation entre la filiation de fait et la filiation légale entraîne une restriction des attributs accordés au lien de parenté. Les rapports existant initialement entre l'homme et l'enfant ne subissent pas toujours le contrecoup de la reconnaissance. C'est au contraire la reconnaissance légale qui risque de ne plus produire tous ses effets. Par sa seule volonté, un homme peut créer un état à l'enfant, mais il ne peut pas toujours pour autant effacer la réalité biologique préexistante.

La dualité de paternités est sans doute un défi au bon sens, mais c'est le seul moyen d'affirmer la prééminence du fondement physiologique du lien de filiation : après tout, le paradoxe est sans doute préférable au mensonge...

Il est à souhaiter que l'attitude courageuse d'un grand nombre de tribunaux qui ont refusé de se mettre tout entier au service de la fiction incite le législateur à restreindre la liberté excessive qu'il admet aujourd'hui dans la création de l'état des personnes.

Sans doute la Cour suprême n'a-t-elle jamais jeté dans le débat le poids de son autorité. Mais la position qu'elle a prise dans le domaine que nous allons maintenant envisager permet de penser qu'elle aurait accueilli avec faveur le mouvement favorable à la vérité.

**§ 2. — Validité de la promesse d'aliments
lorsque l'enfant est légitime.**

La situation que nous allons examiner maintenant est humainement très étonnante. Elle suppose de la part des plaideurs une habileté assez extraordinaire, voire machiavélique, dans l'art d'exploiter les solutions jurisprudentielles.

Voici les faits : un enfant naît d'une femme mariée et il est déclaré à l'état civil comme étant né de cette femme. Parfois le mari a procédé lui-même à la déclaration et y a fait mentionner son nom. L'enfant n'est pas désavoué. Postérieurement un tiers s'engage à l'entretenir. Il le fait effectivement pendant un certain temps, puis soudain cesse tout versement. La mère, seule ou conjointement avec son mari, demande alors en justice la continuation de l'exécution de la promesse.

La prétention de la mère semble exorbitante et l'on imagine bien les raisons qui pourraient inciter à la rejeter. Les tribunaux ne doivent pas donner leur caution à une action qui tend à faire entretenir un enfant légitime par un autre homme que le mari, donc à permettre à un tiers de s'immiscer dans ce domaine réservé que constitue la famille légitime. La composition de celle-ci est entre les mains du mari : l'article 312 lui impose les enfants nés de sa femme, il ne peut les écarter que dans certains cas bien particuliers. S'il n'a pas utilisé cette possibilité, c'est ou bien parce qu'il ne l'a pas voulu : personne n'est alors autorisé à ressusciter, même indirectement, un passé qu'il a décidé de pardonner; ou bien parce qu'il n'a pas pu : il n'était pas dans une des circonstances exceptionnelles autorisant le désaveu et cette situation, voulue par le Code, s'impose encore bien davantage au tiers, étranger à la famille. Obliger l'amant à entretenir l'enfant légitime, même s'il y est engagé, aboutirait à tourner partiellement les règles du désaveu, à admettre ce que l'on a appelé « le désaveu alimentaire » (46).

Sans doute, que l'enfant soit adultérin seulement par son père ou qu'il le soit aussi par sa mère, la cause de l'engagement souscrit par son père reste la même et elle est licite. Mais l'objet de cet engagement diffère : il s'agit toujours, certes, d'entretenir un enfant adultérin,

(46) F. L., note au S. 1960.139 sous Cass. civ., 8 déc. 1959.

mais dans un cas l'enfant n'est relié qu'à une seule personne — sa mère — dans l'autre cas il fait partie d'un groupe — la famille — dont il doit subir les règles. L'exécution de cet engagement apparaît comme une contestation partielle de la toute puissance du mari sur les enfants de sa femme (47).

Extérieurement, ce raisonnement semblerait même devoir s'appliquer à l'enfant légitimé. Mais il n'en est rien car, sur le plan qui nous intéresse, les deux groupements sont régis par des règles différentes : le mari est seul dans la famille légitime à pouvoir en exclure un membre. Lorsque au contraire l'entrée de l'enfant dans la famille repose sur une reconnaissance du mari, elle peut être remise en question par tout intéressé et donc notamment par le véritable père. Une contestation implicite et partielle de sa part ne heurte donc aucune règle fondamentale.

La Cour de cassation avait d'abord refusé à la mère tout recours contre le père adultérin (48). Mais elle revint sur sa position dans un arrêt célèbre de 1959 (49). « Attendu que l'engagement d'entretien que, dans la croyance de sa paternité, son auteur a souscrit au profit de l'enfant né d'une femme mariée, et qui a sa cause dans cette croyance est valable alors même que ledit enfant conserve la qualité d'enfant légitime en l'absence de désaveu par le mari, et que celui-ci reste tenu à son égard des obligations que lui impose l'article 203 C. civ. » La cour d'appel a violé l'article 1131 du Code civil en décidant que l'engagement du père adultérin « se trouvait du seul fait qu'une obligation alimentaire légale demeurerait à la charge du mari, dénué de cause et par suite de validité ».

Il était facile de réfuter la position de la cour d'appel sur le terrain de l'absence de cause : la conviction de paternité existe, que l'enfant soit ou non légitime. Une règle juridique ne peut empêcher une croyance de naître et de subsister, elle peut simplement empêcher que cette croyance ne produise des effets, ce qui est fort différent.

La solution aurait-elle été la même si le défendeur avait invoqué l'illicéité de l'objet (elle aurait en tout cas été plus solide) ? Nous le pensons étant donné les termes très généraux de l'arrêt de cassation.

Avant que la Cour suprême ne se soit prononcée, les cours d'appel résolvaient différemment le litige. La cour de Paris avait la première maintenu l'engagement (50). Inversement, la cour d'Angers estimait

(47) En ce sens, ESMEIN, note au J.C.P., 61.12314 sous Cass. civ., 17 juill. 1961 ; DESBOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1960.289 ; PÉLISSIER, « Les obligations alimentaires », 1961, p. 107.

(48) Civ., 8 févr. 1927, D.H., 27.165, D.P., 27.1.76, G.P., 27.1.619.

(49) Civ., 8 déc. 1959, D. 60.241, note J. SAVATIER qui approuve, S. 60.139, note F. L., J.C.P., 60.11566, note critique, L. MARTIN, G.P., 60.1.110.

(50) Paris, 4 juin 1954, J.C.P., 54.8343, note J. SAVATIER, D. 54.544.

sans intérêt de rechercher l'existence d'une promesse civile d'aliments. Puisque l'enfant était « irréfragablement présumée le fruit du mariage » toute déclaration contraire était « privée d'efficacité » (51).

Les décisions postérieures à 1959 suivent la position de la cour régulatrice (52).

Le triomphe de la vérité à la suite de cet arrêt de cassation est d'autant plus impressionnant que l'obstacle auquel on se heurtait était plus redoutable. Plus exactement d'ailleurs que d'un triomphe de la vérité, il s'agit, théoriquement, d'un triomphe de la croyance en la vérité. En réalité si les juges attachent tant d'importance à cette croyance, c'est précisément parce qu'elle est le reflet de la vérité.

Désormais, le mari qui a pardonné n'aura pas toujours la charge financière complète de l'enfant. Cette charge s'alourdissant au fur et à mesure que l'enfant grandit, la pension pourra même être révisée (53). De plus, si le père adultérin décède, sa dette deviendra celle de ses héritiers « à défaut de toute intention de lui conférer un caractère exclusivement personnel » (54).

Ainsi les règles relatives à la filiation légitime se sont elles-mêmes révélées être un rempart trop faible pour résister à la force de l'idée de vérité. Toutefois la conséquence tirée du véritable lien de filiation ne peut être sanctionnée par le Droit que si le père adultérin a personnellement affirmé le principe de sa responsabilité, car si la vérité, dans le domaine étudié au cours de ce chapitre, a produit des effets, c'est par l'intermédiaire de la croyance. Dans le chapitre qui va suivre au contraire, nous verrons que la vérité produira les mêmes effets, mais par elle-même. Une loi de 1955 a créé au profit des enfants adultérins et incestueux une action alimentaire dont la condition de succès essentielle est la preuve de la filiation de fait.

(51) Angers, 1^{er} déc. 1954, J.C.P., 55.8699 *bis*, conclusions DELPECH.

(52) Colmar, 20 déc., 1960, D. 61.207 ; Rennes, 27 févr. 1961, J.C.P., 62.12461, note R. SAVATIER, G.P., 61.2.20 (la Cour accorde à l'engagement un fondement à la fois alimentaire et indemnitaire).

(53) Cass. civ., 24 janv. 1956, Bull. Cass., 56.31 (les juges du fond avaient estimé que la pension avait un caractère alimentaire) ; Lyon, 10 nov. 1949, S. 50.2.125 ; Riom, 6 juin 1953, J.C.P., 53.7909, note RAYNAUD ; Pais, 15 févr. 1952, J.C.P., 52.7104, note R. SAVATIER ; Paris, 18 oct. 1960, J.C.P., 60.11798 *bis*, note R. B. (l'engagement était pourtant nettement défini dans son montant et dans sa durée) ; pour une espèce voisine mais jugée différemment : Colmar, 21 juill. 1950, J.C.P., 52.6772, note R. SAVATIER ; Paris, 26 janv. 1961, D. 61.514, note R. SAVATIER.

(54) Cass. civ., 16 mai 1960, D. 60.681, note HOLLEAUX. L'obligation alimentaire est donc, en règle générale, transmise aux héritiers. Ce principe n'avait pas été aussi nettement posé par les arrêts antérieurs (Cass. civ., 22 mars 1954, D. 54.398, Cass. civ., 2 déc. 1959, D. 60.68) mais les juridictions du fond transmettaient la dette aux héritiers : Trib. civ. Seine, 20 juill. 1948, G.P., 48.2.252 ; Trib. civ. Marseille, 19 oct. 1956, J.C.P., 56.9602, note ROUAST, Paris, 9 avril 1957, J.C.P., 57.10177, note NERSON, D. 57.455, S. 57.301 ; Lyon, 12 déc. 1957, J.C.P., 58.10394, note NERSON.

CHAPITRE II

La loi du 15 juillet 1955 :

*l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant adultérin
fondée directement sur la réalité.*

La loi du 15 juillet 1955 s'inscrit dans le grand mouvement qui depuis 1912 tend à ne plus faire régir tout le domaine de la filiation naturelle par la seule volonté des parents.

Elle témoigne aussi du désir croissant de venir en aide aux individus les plus délaissés, à ceux que le Code civil avait voulu ignorer.

Mais au-delà de ces deux idées, c'est une exigence toujours plus impérieuse de vérité qui explique la loi de 1955. Pourquoi ne pas remettre le sort de l'enfant à la seule bonne volonté des parents ? Pourquoi lui accorder des droits plus étendus ? Parce que donner la vie est un acte que le législateur ne doit pas faire tomber dans l'oubli. S'il avait été mû en 1955 par un simple souci humanitaire, le législateur aurait contraint à s'occuper de l'enfant tous les hommes ayant eu des relations avec la mère pendant la période légale de conception. A l'inverse des droits norvégien et suédois, le système français n'impose pas aux pères possibles mais seulement au véritable père d'assurer la subsistance de l'enfant.

A l'inverse aussi d'autres législations étrangères, celle de l'Allemagne par exemple, l'action de l'article 342 alinéa 2 n'est pas une action d'état : « Les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin peuvent ... réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé. » L'enfant ne devient pas légalement (comme en cas de désaveu par exemple) adultérin. Il conserve son statut d'enfant légitime ou naturel simple.

La solution a certainement quelque chose de paradoxal et de choquant, dans la mesure où le tribunal est amené à constater un lien de parenté tout en se gardant de déclarer le défendeur juridiquement père de l'enfant. Mais il n'en résulte pas que la vérité doive nécessairement en souffrir autant qu'on pourrait tout d'abord le penser et le craindre. La vérité, en effet, demande essentiellement que soit respecté ce qui est « dans la nature même des choses », c'est-à-dire les conséquences fondamentales d'une filiation biologique, celles dont on pourrait dire qu'elles sont de droit naturel. Dans la mesure où le Droit ne lie pas inéluctablement ces conséquences à la déclaration de la filiation, mais accepte de les attacher à sa simple constatation de fait, dans cette mesure la dissociation entre constatation de fait et proclamation du lien porte atteinte à la vérité bien moins qu'il ne le paraît tout d'abord.

Qu'en est-il à cet égard de la loi de 1955 et du Droit français actuel ? Le refus de proclamer la filiation empêchera que l'enfant ne porte le nom du père adultérin et ne lui succède. Mais nous ne pensons pas que ce soient là des effets essentiels de la filiation dont le respect de la vérité souffrirait gravement.

En ce qui concerne ces effets essentiels, la loi de 1955 en assure au moins deux. Elle empêche d'abord que ce fait fondamental — la filiation biologique — reste inéluctablement ignoré. Elle en tire d'autre part une conséquence majeure : l'obligation d'entretien.

En revanche, il est d'autres conséquences que le respect de la vérité exigerait et que le droit français ne reconnaît pas (ou pas encore) parce qu'il les attache toujours jusqu'ici à la proclamation du lien. Il en est ainsi du droit d'éduquer l'enfant, de veiller sur son épanouissement. Or ce droit, l'article 342 ne l'accorde pas au père adultérin. La puissance paternelle reste liée à l'établissement légal de la filiation et pendant longtemps il en fut de même pour le droit de visite (1). Sans doute le parent adultérin n'a-t-il pas manifesté à l'égard de l'enfant un intérêt très vif. Mais pourquoi le condamner définitivement à une abstention qui peut être douloureuse pour lui, et même parfois néfaste pour l'enfant ? Il est certain que les tribunaux devraient se montrer très prudents dans l'attribution d'un droit de visite et

(1) La jurisprudence a reconnu le droit *naturel* pour les grands-parents de recevoir la visite de leurs petits-enfants. Civ., 8 juin 1963, G.P., 63.2.306 (mais la Cour de Cassation reprend seulement sur ce point les affirmations de la Cour d'Appel).

Pour notre cas, voir en doctrine, ROUAST (D. 1959.3, note sous Paris, 9 oct. 1958, et D. 66.369, note sous Cass. civ., 29 mars 1966) qui souhaite l'octroi d'un droit de visite au père adultérin, et sur un plan plus général, GUIHO, « Essai d'une théorie générale du droit de visite ». J.C.P., 52.1.693 : « Le droit de visite... dérive de la loi morale et repose sur les liens du sang. »

tenir largement compte des situations concrètes. Mais il est des cas (divorce du véritable père, accord de son épouse qui a pardonné, etc...) dans lesquels le droit de visite pourrait être justifié en fait. En droit, la jurisprudence fut longtemps divisée (2), mais la Cour de cassation se refuse aujourd'hui à rejeter systématiquement les prétentions des pères adultérins. La cour régulatrice (3) vient en effet de statuer sur l'arrêt d'une cour d'appel (4) qui « avait estimé que la mère pouvait à juste titre se fonder sur ce qu'elle était seule investie de la puissance paternelle pour s'opposer à la prétention (l'obtention d'un droit de visite) de celui qu'elle considérerait pourtant comme le véritable père par le sang de son enfant ». Cet arrêt a été cassé. « En statuant ainsi sans relever aucun motif tiré de l'intérêt de l'enfant ou de l'exercice normal par la mère des droits de la puissance paternelle, l'arrêt attaqué n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Finalement, la critique à l'égard de l'article 342 nous paraît devoir être concentrée davantage sur les dispositions de fond, actuellement insuffisantes, de la loi nouvelle (5) plutôt que sur son principe fondamental distinguant la constatation de fait de la filiation et sa proclamation. Toutefois, par rapport à l'état de droit antérieur, cette réforme de 1955 marque un progrès extrêmement important, dans la mesure où le simple fait de la génération entraîne désormais une obligation juridique. L'innovation a une portée d'autant plus large que la jurisprudence a comblé libéralement certaines lacunes du texte en le dégageant de l'article 340 et en l'appliquant à tous les enfants adultérins de fait, quel que soit l'état dont ils jouissent officiellement.

SECTION I

LE SOUCI DE LA VÉRITÉ DANS L'ATTRIBUTION DE L'ACTION

L'article 342 C. civ. a visiblement été écrit pour l'enfant né d'une femme célibataire et d'un homme marié. Mais la perspective d'obtenir une pension alimentaire a rapidement tenté d'autres catégories d'enfants, plus ou moins déshérités ou plus ou moins habiles. Il y avait là un moyen de faire éclater partiellement une vérité dont une réglementation trop rigide interdisait la manifestation.

(2) Voir M.-L. RASSAT, « Père de droit et père de fait », *Rev. trim. dr. civ.*, 1967.249 (295 et suivantes).

(3) Civ., 29 mars 1966, D. 66.369, note ROUAT, J.C.P., 66.14737, note R. L. Dans le même sens : Civ., 4 juin 1966, D. 67.65.

(4) Paris, 22 oct. 1963, J.C.P., 64.13457, note ROUAST.

(5) Ces insuffisances sont cependant moins graves depuis que la jurisprudence ne refuse plus par principe au père adultérin un droit de visite.

Le problème s'est d'abord posé à propos des enfants naturels simples. Certes, ces enfants jouissent en principe d'une situation plus favorable puisque leur filiation peut être légalement établie. Mais en fait ils peuvent être plus mal traités : les conditions de délai qu'impose par exemple l'article 340 ont fort bien pu empêcher l'apparition de la vérité. Ils ont alors un intérêt évident à réclamer à leur auteur des aliments sur la base de l'article 342 (6).

« Peut-on admettre, écrit M. Rouast, qu'un avocat soit amené à dire à la mère naturelle qui cherche à obtenir des aliments de l'auteur de son enfant : « il est regrettable que votre amant n'ait pas été un homme marié car votre action ne se heurterait pas aux mêmes difficultés ! » (7).

Peut-on admettre, d'autre part, qu'un enfant naturel simple allemand ou autrichien obtienne en France des aliments contre un père célibataire français alors que le même droit est refusé à l'enfant naturel français ? (8).

La Cour de cassation n'a pas été sensible à ces arguments de logique comparée en raison du texte même de la loi de 1955. « Son extension aux enfants naturels simples ne peut être déduite d'aucune disposition légale » (9).

Le Droit français ne connaît pas, à l'image du Droit suisse par exemple, une action simplement alimentaire et une action d'état s'appliquant aux mêmes individus. L'article 342 suppose nécessairement le mariage du défendeur. Elle refuse le raisonnement « a fortiori ».

Mais ce texte ne suppose pas nécessairement le mariage du père. Il ne fait aucune distinction entre le père et la mère adultérins (10). L'un comme l'autre peuvent être défendeurs au procès. Lorsque la

(6) Ils peuvent encore obtenir des subsides de leur auteur, indépendamment de toute question d'état, en se fondant sur une promesse d'entretien ou sur l'article 1382 (à propos de ce second fondement, voir Cass. civ., 7 juin 1963, D. 64.621, note PRADEL : la faute en l'espèce était la rupture de la promesse de mariage faite en considération de la paternité. On pourrait d'ailleurs se demander si la faute, dans un cas voisin, ne pourrait résulter de la rupture du concubinage. Mais la Cour de Cassation ne semble prête à l'admettre aisément. Civ., 3 mars 1964, G.P., 64.2.83).

(7) Note au D. 1959.61.

(8) FRANCK, « Pourquoi refuser l'action alimentaire à l'enfant naturel ? », D. 1968, chr. 85. La jurisprudence sur laquelle l'auteur se fonde en matière de Droit international privé résulte d'un arrêt de la Cour de Cassation en date du 10 mai 1960 (D. 60.548, note MALAURIE).

(9) Civ., 13 janv. 1959, D. 59.61, note ROUAST (3^e espèce), G.P., 59.1.118. Voir aussi Cass. civ., 8 mai 1963, Bull. Cass., 63, p. 211 ; Rouen, 5 avr. 1960, D. 60.549 ; Paris, 5 juill. 1960, J.C.P., 60.11887, note R. B. (la solution est adoptée à regret) ; Paris, 5 avr. 1962, D. 62.508, note ROUAST.

(10) Cass. civ., 17 juill. 1961, J.C.P., 61.12314, note ESMEIN, D. 61.557, note HOLLEAUX.

mère mariée se dérobe à ses devoirs, elle pourra y être contrainte (11), sans d'ailleurs que la preuve de la maternité de fait puisse déclencher la présomption « pater is est » puisque celle-ci ne résulte que d'une constatation légale du lien maternel (12).

Infiniment plus délicate est la situation de l'enfant légitime en droit et adultérin en fait (13). Juridiquement l'enfant a déjà un père légal. Peut-il se voir attribuer, en plus, un père nourricier ? La cour de Paris l'a admis dans un arrêt célèbre du 2 février 1962 (14). L'enfant, née en 1954, avait été déclarée à l'état civil sous le nom de l'amant et sous celui de la mère. La mère était divorcée depuis 1949 mais le jugement ne fut signifié au mari qu'en 1956, son adresse étant inconnue jusqu'à cette date. La filiation légitime de l'enfant était ainsi établie par son acte de naissance. La mère intente contre son amant l'action de l'article 342. La cour de Paris confirme le jugement du tribunal de grande instance et accueille la demande en se fondant sur un argument du texte et sur un argument d'analogie : « L'action à fins exclusivement alimentaire de l'article 342 du Code civil... est ouverte sans distinction à tous les enfants adultérins... ; ... il n'est ni exigé ni nécessaire en cas d'adultérinité "a matre" que celle-ci soit, au préalable, légalement établie. » Il ne faut pas « arbitrairement rompre l'équation que la loi du 15 juillet 1955 a pour effet d'établir entre le père présumé (célibataire ou même marié) qui, se sentant tenu par une obligation naturelle, a consenti un engagement d'entretien

(11) Si les époux sont mariés sous un régime de communauté, cette dette d'aliments sera commune (art. 1409 C. civ.).

(12) Rapprocher de cette situation l'hypothèse suivante : une femme mariée a un enfant avec un tiers, marié lui aussi. La filiation maternelle n'est pas légalement constatée. La mère intente une action alimentaire contre le père après s'être fait nommer tutrice (elle ne peut agir sur la base de sa seule maternité de fait : Paris, 24 avr. 1958, J.C.P., 58.10648, note ESMEIN, réformant trib. civ. Seine, 23 nov. 1956, J.C.P., 57.9729, note ESMEIN, D. 57.80, note ROUAST). Si la preuve de la paternité est fondée sur les rapports des deux parents au moment de la conception, la demanderesse devra établir sa propre maternité. Mais l'article 323 C. civ. n'est nullement applicable. Le lien entre la mère et l'enfant n'est qu'un moyen de parvenir à la connaissance de la paternité. Il n'a aucune individualité juridique propre, il n'est qu'un maillon dans la chaîne d'un raisonnement bâti sur des données de fait (Paris, 24 déc. 1959, J.C.P., 60.11531, note ESMEIN, et sur pourvoi, Cass. civ., 17 juill. 1961, précité).

(13) Voir sur ce problème l'article de M.-L. RASSAT, « Père de droit et père de fait », Rev. trim. dr. civ., 1967, p. 249 (281 et suivantes).

(14) D. 62.521, note MALAURIE, J.C.P., 62.12583, conclusions Av. gén. NEPVEU, S. 62.324, G.P., 62.2.9 ; dans le même sens, Douai, 20 déc. 1963, G.P., 64, somm. 21 ; HOLLEAUX, note au D. 1961.557 ; COLOMBET, « La condition de l'enfant adultérin dans la jurisprudence récente », La vie judiciaire, 1965, n° 998.

Contra : Paris, 23 janv. 1958, J.C.P., 58.4.153, et 7 févr. 1964, G.P., 64.2.130 ; Bordeaux, 5 févr. 1959, G.P., 59.1.256 (l'enfant avait été ultérieurement reconnu et légitimé) ; PONSARD, note au Clunet, 1962.696 ; PÉLISSIER, « Les obligations alimentaires », 1961.70 ; ROUAST, note au D. 1957.80.

envers l'enfant... et le père présumé qui, dans les mêmes conditions, s'est dérobé à son obligation ».

L'objection que l'on peut faire à ce raisonnement résulte de la force de la présomption de paternité de l'article 312. Dans le cadre de la famille légitime, la paternité du mari *s'impose* aux tribunaux dès lors qu'elle est établie. Le juge « doit ... nécessairement dire que l'enfant est issu des œuvres d'un tiers pour pouvoir, sur le fondement de ce lien du sang, lui accorder les aliments demandés. Or cette affirmation d'un fait qu'il estimerait conforme à la réalité, contredirait la présomption de vérité qui résulte de l'article 312 » (15).

Mais nous pensons que la différence dans le domaine d'application des articles 312 et 342 permet d'approuver la solution de la cour de Paris. La paternité du mari est indépendante de la conviction intime du juge et de la réalité des faits. La jurisprudence en matière de revendication d'enfant légitime le prouve clairement. Le mot « père » a deux sens dans le droit de la filiation : un sens social (c'est le « pater ») et un sens biologique (c'est le « genitor »). L'article 312 s'oppose simplement à l'apparition d'une filiation *légale* incompatible avec l'organisation de la famille légitime. L'article 342 n'a pas pour effet de modifier l'attribution légale de paternité : il superpose seulement le « genitor » au « pater ». La règle « pater is est » crée une fiction dont le but est de donner à l'enfant un état. Elle règle une question de droit et par voie de conséquence seulement une question de fait.

L'illogisme apparent de la solution de la cour de Paris repose d'une part sur le rôle trop faible de la vérité dans la détermination de la paternité légitime, d'autre part sur la dissociation voulue par l'article 342 entre la filiation légale et la filiation réelle aux effets limités mais croissants. On peut penser que si le législateur de 1955 a adopté cette solution intermédiaire, c'est parce qu'il obéissait à un impératif tactique, estimant que l'ensemble des citoyens et des juges n'était pas prêt pour une transformation plus radicale. L'attitude des magistrats, telle qu'elle résulte de l'arrêt de 1962, prouve peut-être que la conscience du public est désormais plus avancée et qu'une modification législative plus profonde ne serait plus soumise à un phénomène de rejet. Le seuil de la vérité « supportable » s'est déplacé.

Indépendamment de cette critique de fond, certains auteurs ont soutenu que la demande de la mère illégitime serait irrecevable en raison du caractère supplétif de l'article 342 (16). On a alors essayé de

(15) R. B., note au J.C.P., 1964.13738. Voir aussi, mais avec beaucoup plus de nuances, J. SAVATIER, note au D. 1960.241.

(16) DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1962.488 ; J. SAVATIER, note au D. 1960, précitée.

tirer argument du refus opposé par la Cour de cassation d'octroyer aux enfants naturels simples une action alimentaire (17).

Mais les circonstances ne sont pas du tout les mêmes. L'action est refusée aux enfants naturels simples non parce qu'ils jouissent déjà d'une filiation, mais parce qu'ils n'entrent pas dans le cadre prévu par la loi de 1955 : ils ne sont pas adultérins. L'enfant juridiquement légitime prétend au contraire être né des relations hors mariage de sa mère.

Les deux obligations alimentaires résultant des articles 342 et 312 ont toutes deux un fondement légal et on aperçoit mal pourquoi la première serait subsidiaire par rapport à la seconde. Souvent elles ne s'appliquent d'ailleurs pas aux mêmes personnes. Il nous semble au contraire, si l'on s'engage dans cette voie de la recherche d'une hiérarchie, que l'obligation résultant de la présomption légale doit s'effacer devant celle qui a pour cause la réalité des liens du sang. Le but de l'action est alimentaire en ce sens que le tribunal ne peut rien octroyer à la mère en dehors d'une somme d'argent destinée à élever l'enfant; mais sa cause doit être moins l'état de nécessité de l'enfant (18) que la satisfaction du devoir de paternité. Or ce devoir, dès lors qu'il accède à la vie juridique, est plus contraignant que celui du mari de la mère car il a sa source, non pas uniquement dans la volonté de la loi, mais d'abord dans des données physiologiques, dans une obligation naturelle. N'est-il pas plus conforme à l'ordre normal des choses que la mère, successivement abandonnée par son amant et par son mari, réclame au premier, c'est-à-dire au père les sommes nécessaires pour faire vivre l'enfant ?

La filiation dont jouit le demandeur au moment de l'action (ou celle dont il jouira postérieurement) est ainsi sans influence sur la recevabilité et sur le succès de son action.

Le domaine de la filiation adultérine, traditionnellement le plus éloigné de la vérité, fait désormais figure de « secteur de pointe » sous ce rapport. Sans doute la loi de 1955 ne modifie-t-elle pas l'état des personnes. Mais cette « lacune » permet précisément les solutions les plus audacieuses puisqu'elle rend possible l'ouverture d'une brèche dans l'édifice de la famille légitime. Peut-être ce défi au bon sens — mais non pas à la logique juridique — incitera-t-il le législateur à ouvrir la voie du désaveu à d'autres qu'au mari.

(17) L'action de l'article 342, dira M. ROUAST, est « destinée à venir au secours d'enfants qui sont en quelque sorte des parias du Droit », note au D. 1957.80.

(18) Cf. CARBONNIER, t. II, n° 91, qui estime souhaitable de donner « au mot aliments dans son application à l'enfant adultérin, un sens quelque peu différent de l'ordinaire : non point pension pour subvenir à des besoins d'ores et déjà réalisés, mais moyens assurés de subsistance, pécule pour faire face aux éventualités de l'avenir ». *Contra* : PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 91.

Actuellement la portée de l'article 342 est donc très large. De plus, l'absence de toute restriction de preuve rend aisée la tâche du demandeur.

Cet ouvrage était déjà sous presse lorsque nous avons eu connaissance de l'arrêt rendu en cette matière par la Cour de cassation le 20 mai 1969 (D. 69 429 ccl. av. gén. Lindon et note Colombet). Nous nous contenterons donc de quelques observations rapides concernant les deux problèmes tranchés par la cour régulatrice.

1. — L'enfant naturel simple dispose désormais d'une action d'état et d'une action alimentaire. Or ces deux actions s'appliquent aux mêmes individus et reposent sur le même fondement : la vérité biologique. Cette identité fait naître un risque et aussi un espoir.

— Le risque est de voir les magistrats admettre plus facilement l'action alimentaire que l'action en recherche de paternité. Certes, l'article 340 prévoit des conditions de délai et de preuve qui n'existent pas dans l'article 342. Il est donc normal de ce point de vue que la vérité se fasse jour plus facilement à l'occasion d'une action alimentaire. Mais il est essentiel de continuer à exiger la *preuve effective* de la paternité, et cela quelle que soit l'objet de l'action. En d'autres termes, l'octroi des aliments devra, tout comme maintenant, être subordonné à une paternité certaine et pas seulement à une paternité possible. Le paiement d'une pension ne doit pas devenir la conséquence quasi automatique des relations sexuelles hors mariage plus ou moins établies. Ce premier moyen de différencier les deux actions serait très préjudiciable à la vérité.

— Si ce risque est évité, le « cartésianisme » (av. gén. Lindon D. 1969 429) des Français conduira peut-être le Parlement à modifier les textes actuels. Comment en effet justifier le maintien de deux actions différentes alors que leur fondement est identique et que les avantages de l'une sont inclus dans les avantages de l'autre ? Il sera encore plus difficile désormais de comprendre et d'admettre les exigences que pose l'article 340 sur le plan procédural : les délais de l'action s'expliquaient-ils par le repos des familles ? Mais le scandale naîtra de l'action alimentaire. La sévérité des preuves légales se justifiait-elle par un souci de vérité ? L'expérience démontrera l'efficacité de la liberté de la preuve.

Dès lors, cette position de la Cour de cassation pourrait entraîner une modification législative importante : la liberté de la preuve en matière de recherche de paternité naturelle. Le rôle de la vérité en ce domaine est primordial et cette nouvelle jurisprudence l'accroît incontestablement.

2. — C'est à une remarque inverse que conduit l'analyse du second problème tranché par la Cour de cassation dans le même arrêt. En matière de filiation légitime, l'organisation de la famille empêche tout développement de l'idée de vérité. La Cour interdit à l'enfant légitime de réclamer des aliments à son père adultérin. Le fondement qu'elle donne à sa solution est particulièrement significatif : certes, elle invoque le texte même de l'article 342 mais plus profondément elle explique l'irrecevabilité de l'action par le monopole du mari en matière de désaveu. On ne peut manquer de penser à l'affaire Mouchotte et à l'interdiction faite au tiers, véritable père, de contester la paternité du mari. Sans doute ces deux hypothèses ne peuvent-elles être assimilées. Néanmoins c'est le même esprit qui a animé les deux solutions, c'est le même désir de faire de la famille légitime un bloc que personne en dehors de son chef ne peut attaquer ni même « grignoter ».

Ainsi se trouve réaffirmé le caractère essentiellement *juridique* de la paternité légitime, « juridique » signifiant ici — et nous le regrettons vivement — artificiel. Une certaine forme de bon sens juridique, de vérité formelle a prévalu au détriment de la vérité biologique.

Nous ne pouvons que nous associer à la conclusion de M. Colombet (note sous cet arrêt) « Tout n'était pas à condamner dans Byzance ».

SECTION II

LE SOUCI DE LA VÉRITÉ DANS LA PREUVE EXIGÉE DES DEUX PARTIES

Le législateur de 1955 n'a précisé ni l'objet de la preuve ni les moyens de l'établir. Les tribunaux ont utilisé cette liberté de manière à faire produire, le plus souvent possible, des effets à la vérité.

Sur quel fait le demandeur se fondera-t-il pour réclamer des aliments ? Le problème est pour nous de toute première importance. La jurisprudence aurait pu hésiter entre deux solutions : se contenter de retenir la preuve des relations sexuelles à l'époque de la conception (19) ou bien exiger la preuve de la paternité de fait.

La Cour de cassation a refusé de tenir compte de la paternité simplement possible. « L'article 342... autorise... exclusivement la

(19) En Allemagne, les enfants naturels simples ou adultérins ont à leur disposition deux procédures :

L'action en déclaration d'aliments : le demandeur doit prouver la paternité d'après les principes généraux de la législation, c'est-à-dire essentiellement l'ar-

simple mais indispensable constatation en fait du lien du sang » (20). Nous nous réjouissons de cette prise de position ferme. La vérité reste à la base de l'action alimentaire. Par conséquent, lorsque l'amant soupçonné d'être le père invoque les commerces multiples de la mère à l'époque de la conception, son offre de preuve, si elle est sérieuse (21), sera acceptée par le juge, mais celui-ci restera libre, au vu des résultats de l'enquête, de faire droit ou non aux prétentions du demandeur. L'inconduite n'est pas une fin de non-recevoir analogue dans son fonctionnement à celle de l'article 340. Elle ne rend aucunement la demande irrecevable, mais elle constitue bien sûr un élément de fait important susceptible d'empêcher le tribunal d'acquiescer la conviction de la paternité du défendeur. Si deux paternités leur semblent également possibles, nous ne pouvons admettre, étant donné le fondement de l'obligation alimentaire, une condamnation solidaire de tous les amants (22).

Mais, la diversité des relations étant prouvée, une expertise peut très bien être ordonnée afin de déterminer la date exacte de la concep-

tion 1717 B.G.B. instituant une présomption de paternité en cas de cohabitation. Cette présomption s'impose au juge si le défendeur n'invoque ni son impossibilité de paternité, ni l'« exceptio plurium ».

L'action d'état (Abstammungs System) admise par la jurisprudence et consacrée par une loi de 1961 (art. 640 et suivants, Z.P.O.) : le juge n'a pas à tenir compte des règles de preuve traditionnelles, il n'est lié par aucune présomption légale et peut soulever tous les moyens propres à affermir sa conviction de la paternité (système inquisitoire).

En cas de décisions contradictoires, celle ayant condamné un homme à titre de « père payant » tombera (art. 644, Z.P.O.). Cette dualité d'actions est critiquée par la doctrine (Dölle, Familienrecht, t. II, 1965, p. 445). Elle souhaite que subsiste seule la seconde procédure, celle donc qui permet de mieux atteindre la vérité. Voir HOLLEAUX, « De la filiation en droit allemand, suisse et français », 1966, pp. III et suivantes.

(20) Civ., 13 janv. 1959, D. 59.61, note ROUAST, 1^{re} espèce. Pour une formule beaucoup plus ambiguë, V. Bordeaux, 27 févr. 1959, G.P., 59.1.256 : « l'obligation trouve sa source dans le fait de ce commerce adultérin en dehors de la notion de paternité dont la recherche demeure interdite ».

(21) Pour des offres de preuve jugées trop imprécises et donc rejetées, V. Cass. civ., 8 juin 1964, Bull. Cass., 64, p. 234 ; Cass. civ., 26 mai 1965, Bull. Cass., 65.252.

(22) En ce sens, TALLON, « L'action alimentaire de l'enfant adultérin », 1962, p. 46.

Contra : ESMEIN, « Les pères nourriciers », G.P., 56.2.D.3 ; ROUAST, « Les réformes réalisées par la loi du 15 juillet 1955 », J.C.P., 1955.1.1269.

L'art. 163 C. civ. autrichien permet « la constitution de plusieurs individus comme débiteurs d'aliments au profit d'un même enfant... et rend inopérante l'exceptio plurium », affirmation de la Cour d'appel reprise par la Cour de Cassation dans son arrêt du 15 déc. 1964 (Rev. Crit. Dr. intern. privé, 1965, p. 551, note P. LACARDE). Il s'agissait en l'espèce de reconnaissance d'un enfant naturel autrichien faite par un Français. Le prétendu père en demandait l'annulation, soutenant qu'il avait appris tardivement l'inconduite de la mère. Sa prétention ne fut pas admise et la Cour de Cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt d'appel : l'art. 163 C. civ. autrichien ne heurte pas l'ordre public français. (Notons qu'en

tion. S'il apparaît qu'à cette époque précise le second amant était dans l'impossibilité de cohabiter avec la mère, le défendeur sera condamné au versement des aliments. Il devrait en être de même dans l'hypothèse exceptionnelle où le défendeur et l'enfant appartiennent à un même groupe sanguin rare ou bien présentent des signes héréditaires communs.

Ainsi encore, il est clair que le défendeur peut solliciter une expertise sérologique. Si ces résultats sont négatifs, le défendeur ne sera évidemment tenu d'aucune obligation. Nous pensons même que l'analyse, serait-elle demandée en appel, ne devrait jamais être refusée. C'est la solution vers laquelle tendait la jurisprudence en matière de recherche de paternité naturelle simple avant que l'examen comparatif des groupes sanguins ne devienne une fin de non-recevoir. C'est une « mesure dont le but suffisait à établir l'utilité » (23). Puisque le but à atteindre est la connaissance de la vérité, l'expertise est susceptible d'apporter un renseignement catégorique. La Cour de cassation a cependant préféré laisser aux magistrats toute liberté pour en apprécier la pertinence (24).

L'objet de la preuve étant précisé de cette manière, la connaissance des véritables liens du sang étant l'objet à atteindre, on comprend que la jurisprudence n'ait pas hésité, malgré la proximité de l'article 340, à autoriser tous les moyens de preuve pour y parvenir. Au cours des débats préparatoires, M. Minjoz avait déjà précisé : « puisqu'il ne s'agit pas d'établir un lien de filiation, mais seulement de permettre à l'enfant d'obtenir des aliments, il n'est pas nécessaire d'imposer les délais et conditions rigoureuses de l'article 340 » (25). Par deux arrêts du 13 janvier 1959 (26), la cour régulatrice posa le principe suivant : « la preuve de la situation de fait qui... est le fondement (de l'obligation alimentaire) peut être rapportée par tous moyens ». Il suffit,

droit interne, l'exception *plurium* ne suffit pas à faire annuler une reconnaissance.) M. LACARDE, dans sa note, estime « prématuré de conclure de ces signes que l'exception *plurium* n'intéresse plus l'ordre public international dans le domaine des actions alimentaires... L'action en recherche de paternité alimentaire de l'art. 342 du Code civil français reste encore fondée sur l'idée de filiation ».

En droit allemand, le défendeur, pour éviter d'être condamné, peut invoquer en toute hypothèse l'impossibilité de sa paternité (art. 1717, II, B.G.B.) et sauf lorsqu'il a reconnu l'enfant (à moins qu'il n'attaque sa reconnaissance pour erreur) l'exception *plurium*. La preuve de la pluralité d'amants serait-elle démontrée que l'enfant conserve toujours le droit d'établir qu'il n'a pu être conçu par ces tiers.

(23) Cass. civ., 15 oct. 1956, J.C.P., 56.9653, D. 57.51.

(24) Civ., 4 déc. 1961, D. 62.101, note HOLLEAUX (qui approuve) ; Civ., 21 févr. 1962, D. 62.185 ; Paris, 16 févr. 1956, D. 56.204, G.P., 56.1.189 ; Lyon, 25 nov. 1960, D. 61.315 ; Poitiers, 21 janv. 1964, D. 64.508.

(25) Séance du 10 mai 1955, J.O. Débats, p. 2612.

(26) Précité.

précisera-t-elle en 1962, à la cause de présomptions graves, précises et concordantes de la paternité alléguée » (27).

Le refus réitéré de se présenter à une comparution personnelle peut être interprété comme une confirmation des prétentions de la demanderesse (28).

Il est clair que ces présomptions ne seront pas, en fait, totalement étrangères aux conditions de recevabilité de l'article 340. Mais, en droit, les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle sont sans influence sur le succès de l'action en réclamation d'aliments. Cette interprétation de l'article 342 sera peut-être un jour susceptible d'entraîner une modification de l'article 340. L'objet de la preuve étant le même dans les deux cas, il serait souhaitable d'unifier les moyens juridiques autorisés pour y parvenir. L'extension de la notion de concubinage notoire ou d'aveu non équivoque de paternité montre d'ailleurs combien les tribunaux sont attachés, même pour les questions d'état, à faire prévaloir la vérité.

Ainsi les lacunes du texte de l'article 342 ont été mises à profit de la manière la plus favorable à la découverte des véritables liens du sang entre l'enfant et son auteur adultérin. Le décès de cet auteur n'empêchant pas la filiation d'avoir existé en fait, l'enfant exercera contre la succession l'action qu'il aurait pu exercer contre le « de cujus ». L'article 762 sert de fondement à la solution de la Cour de cassation (29), alors pourtant qu'elle en avait précédemment réservé l'application au cas où la filiation est légalement établie (30).

(27) Civ., 3 juill. 1962, J.C.P., 62.12382. Jurisprudence constante : V. par exemple : Civ. 17 juill. 1961, D. 61.557, note HOLLEAUX ; Civ., 1^{er} mars 1925, D. 65.389. En ce sens pour la doctrine : ROUAST, note au D. 1959.61, J.C.P., 1955.I.1269, précité ; DESBOIS, Rev. trim. dr. civ., 1956.323 ; MAZEAUD, t. I, 2^e vol., n° 994 ; CARBONNIER, t. II, n° 91.

Contra : ESMEIN, « La preuve de la filiation naturelle et la condition des enfants adultérins ou incestueux », G.P., 55.2, D. 21 ; SAUJOT, « La condition juridique des enfants adultérins », Rev. trim. dr. civ., 1956.443 ; RIPERT-BOULANGER, t. I, n° 1959 ; MARTY-RAYNAUD, t. I, 2^e vol. n° 449 ; Trib. civ. Seine, 3 févr. 1956, D. 56.148, note ROUAST, J.C.P., 56.9128, note ESMEIN.

(28) Cass. civ., 4 déc. 1961, D. 62.101, note HOLLEAUX.

(29) Civ., 13 janv. 1959, D. 59.61, note ROUAST, 4^e espèce, J. C.P., 59.10968, note ESMEIN, S. 59.48 ; Civ., 16 nov. 1960, D. 61.7, note HOLLEAUX, G.P., 61.1.71 ; Douai, 22 oct. 1963, G.P., 64.1.82.

Par son arrêt de 1959, la Cour de Cassation décide que l'action peut être exercée même si la succession s'est ouverte avant 1955.

Les statistiques du ministère de la Justice nous fournissent les indications suivantes : en 1957, 163 actions furent intentées ; 1958 : 222 ; 1959 : 117 ; 1960 : 124 ; 1961 : 118 ; 1962 : 92.

Les chiffres plus élevés des premières années s'expliquent sans doute par les nombreuses initiatives émanant de mères jusqu'alors sans recours. La jurisprudence citée en note n'a fait qu'accélérer ce mouvement.

(30) Civ., 17 janv. 1949, D. 49.36 ; Civ., 14 janv. 1952, D. 52.177, note LENOAN ; Civ., 22 mars 1954, D. 54.398.

Conclusion générale

« La jurisprudence des dix ou quinze dernières années a introduit — le mot n'est pas trop fort — un subjectivisme et une incertitude dans le droit de la filiation. » Les parents ou même l'enfant « fabriquent ... des filiations imaginaires qui n'ont aucun rapport avec la réalité des choses » disait récemment le garde des Sceaux, M. Foyer (1).

Ce jugement sévère est-il exact ? Nous le pensons. L'impression d'ensemble qui se dégage de notre droit actuel — au niveau des textes comme à celui de la jurisprudence — est celle d'un mélange étonnant de fiction et de réalité, de mensonge et de vérité.

L'absence de cohérence résulte d'abord des textes : par exemple les articles 312 et suivants autorisent le désaveu de paternité mais limitent les conditions de recevabilité de telle sorte qu'ils rendent souvent impossible la révélation de la vérité ; l'article 340 permet la recherche judiciaire de paternité naturelle, mais l'enferme dans des délais très brefs au-delà desquels la « paix » du véritable père ne pourra plus être troublée. La précision des textes ne permet souvent aucune échappatoire.

On ne trouve pas davantage de cohérence dans la jurisprudence, même lorsque l'interprétation des textes est possible ou nécessaire. La jurisprudence est en effet guidée par des soucis divers, voire contradictoires, qui l'amènent à faire prévaloir :

tantôt la vérité (annulation des reconnaissances de complaisance par exemple),

tantôt l'intérêt de l'enfant (il peut ainsi placer sa conception à tout moment de la période légale),

tantôt l'intérêt de la famille (l'action en réclamation d'état d'enfant légitime intentée par les parents est un cas frappant).

(1) « Successions, filiation : quelles réformes ? », Notre République, 24 sept. 1965.

La vérité se trouve ainsi en conflit avec l'intérêt de l'enfant et celui de ses auteurs, sans qu'un principe directeur quelconque permettant de résoudre les hypothèses délicates ait été fermement dégagé.

Cette incohérence ne doit cependant pas nous masquer l'évolution qui s'est dessinée dans l'ensemble du droit de la filiation. Nous pensons en effet que, sans vouloir schématiser à l'extrême, on peut relever une tendance générale vers plus de vérité.

Ce mouvement nous semble incontestable en matière de filiation naturelle : toute reconnaissance de complaisance peut être contestée, l'exigence d'un écrit dans la recherche judiciaire de filiation maternelle a été supprimée en 1955, certains cas d'ouverture ont été considérablement élargis (concubinage notoire, aveu non équivoque), l'expertise sanguine est maintenant une fin de non-recevoir, le droit aux aliments a été officiellement établi pour les enfants adultérins.

En matière de filiation légitime, même si la jurisprudence a été marquée par un raidissement spectaculaire en 1960 avec la conclusion des affaires Mouchotte (l'application automatique de la présomption de paternité de l'article 312, qu'elle se heurte ou non à une évidence contraire, a été complétée par l'interdiction pour le véritable père de contester la paternité du mari), il n'en reste pas moins que certains assouplissements remarquables ont permis plus souvent la manifestation de la vérité : création du désaveu préventif, élargissement de la notion d'impuissance accidentelle de l'article 312.

Ce vaste mouvement vers la vérité qui, malgré tout, caractérise le droit de la filiation s'inscrit dans une tendance plus vaste, déjà signalée et souvent analysée, qui tend à consacrer les situations de fait.

Mais ne peut-on alors objecter avec raison que le Droit n'a pas à consacrer le fait ? Son rôle est justement de refuser certains faits lorsqu'ils heurtent les valeurs qu'il défend.

Il n'est certes pas question en effet d'ignorer l'idéalisme nécessaire du Droit et de lui assigner comme seul but le réalisme à tout prix ! Nous ne demandons pas que les situations de fait soient identifiées aux situations de droit, que l'union libre soit mise sur le même pied que le mariage et que la séparation de fait produise les mêmes effets que la séparation de corps. Mais dans le domaine de la filiation, le problème est particulier. La notion de filiation, par la nature même des choses, doit reposer essentiellement sur des faits, c'est-à-dire sur la vérité, alors que la notion de mariage, par exemple, implique un accord de volonté pour accepter les obligations légales issues de cette institution, accord que les concubins n'ont pas voulu. M. Foyer disait avec pertinence « Il faudrait, me semble-t-il, revenir à cette idée

sage et simple que la filiation, c'est d'abord un fait, une réalité physiologique» (2).

Sans doute n'allons-nous pas jusqu'à dire qu'en cette matière le Droit doit toujours être le reflet de la biologie.

Tout d'abord la science n'est pas encore assez avancée pour permettre de déterminer toujours avec certitude la filiation selon le sang.

Et puis, même si la biologie devait y parvenir un jour, il ne serait pas souhaitable que l'expert « fasse ainsi la loi » sans réserve. Nous n'ignorons pas que l'intérêt de la famille demandera toujours la possibilité d'une certaine marge entre la filiation selon le Droit et la filiation selon la biologie.

Sous le bénéfice de ces observations, nous pensons que le souci de la vérité devrait être plus grand qu'il ne l'est actuellement dans notre droit de la filiation. Les progrès qui doivent être accomplis ne dépendent pas seulement des tribunaux. Les institutions elles-mêmes doivent être modifiées par le législateur.

Redonner à la vérité une place de premier plan impose, quant au fond, de ne plus se laisser exclusivement guider par ce qu'on estime être, de façon souvent bien discutable et abstraite, « l'intérêt de l'enfant » ou « l'intérêt de la famille », et, quant à la forme, de restreindre la liberté des parents ou même parfois celle de l'enfant, aussi bien dans la création que dans la disparition des liens juridiques de parenté.

Trois principes devraient s'imposer pour l'établissement du lien de filiation.

Ne jamais admettre la coexistence de deux paternités, même si l'une d'entre elles est simplement alimentaire.

Sous réserve du premier principe, accorder certaines conséquences fondamentales à tout lien biologique de filiation.

Contrôler de beaucoup plus près qu'aujourd'hui l'admission d'une paternité ou d'une maternité par le Droit.

Les deux premiers de ces principes commandent-ils l'abrogation des articles 335 et 342 ? Ce n'est pas évident. Nous avons dit que le souci de la vérité n'implique pas toujours nécessairement que le lien juridique de filiation soit proclamé. Il peut suffire dans certains cas que la filiation biologique produise les effets que nous qualifierons volontiers « de droit naturel », et il n'est pas toujours indispensable de lier ces effets à la proclamation officielle du lien. Néanmoins, il

(2) « Notre République », 25 sept. 1965, art. précité.

nous semblerait plus juste et plus logique de reconnaître qu'une filiation adultérine peut être juridiquement établie, volontairement ou en justice, tout comme une filiation naturelle simple. Les effets seuls seraient plus limités : l'auteur adultérin ne pourrait donner son nom à l'enfant, il n'en aurait pas la garde, il ne pourrait pas librement lui transmettre son patrimoine.

De toute façon, même si la solution actuelle est maintenue, divers aménagements sont nécessaires :

— L'auteur marié doit pouvoir procéder à une « reconnaissance alimentaire » dès lors que l'enfant n'est pas rattaché à une autre personne du même sexe.

— L'auteur marié doit se voir octroyer au moins un droit de visite si sa paternité est établie de quelque manière que ce soit. Ce droit pourrait cependant être refusé s'il était contraire aux intérêts de l'enfant.

— Le père célibataire doit être autorisé à reconnaître son enfant si celui-ci est désavoué. Une action en recherche de paternité pourrait aussi dans ce cas être intentée contre lui.

Le troisième principe qui nous paraît devoir animer une réforme du droit de la filiation implique des modifications importantes dans les moyens de preuve de la filiation.

Il conviendrait tout d'abord de rendre obligatoire dans l'acte de naissance la mention du nom de la mère. Ce principe toutefois doit comporter une exception limitée, pour permettre à la femme de garder sa maternité secrète dans le cas très particulier où elle désire abandonner son enfant. Dans ce cas, l'aide sociale à l'enfance devrait toujours connaître l'identité de la mère, mais ce service ferait rédiger à l'enfant un nouvel acte de naissance ne renfermant aucune indication de filiation.

Il conviendrait ensuite d'exiger de celui qui vient déclarer un accouchement à l'état civil un certificat du médecin ou de la sage-femme attestant la réalité de cet accouchement et rédigé après présentation d'une pièce d'identité de la mère.

Des réformes seraient également souhaitables en matière de filiation paternelle. En ce qui concerne tout d'abord la filiation naturelle, certaines législations, le Danemark et les provinces anglaises du Canada par exemple, imposent à la mère d'indiquer lors de la naissance le nom du père probable. L'homme ainsi désigné est convoqué devant une autorité publique : s'il avoue sa paternité, le lien de filiation est établi; s'il la conteste, l'affaire est renvoyée devant le tribunal.

Nous inspirant de ce système, nous souhaiterions que la mère ait la possibilité, mais non l'obligation (3), d'attribuer ainsi la paternité de son enfant à un homme.

Si cet homme ne conteste pas les faits, l'officier public enregistrera sa reconnaissance, qui créera un lien juridique de filiation s'il est célibataire ou établira seulement la filiation de fait s'il est marié.

Si cet homme conteste les faits, la paternité ne peut être immédiatement établie. Une instance en justice sera nécessaire (la mère l'intentera certainement puisqu'elle a manifesté dans l'acte de naissance sa volonté de voir l'enfant rattaché à son père).

La mère proposera au juge tous les faits qui tendent à établir la paternité : relations sexuelles, aveu de paternité...

L'amant de son côté établira librement qu'il ne peut être le père. Trois aménagements nous semblent sur ce point nécessaires :

— la date effective de la conception doit être fréquemment recherchée;

— aux analyses sanguines déjà ordonnées par nos tribunaux doivent être jointes des analyses morphologiques;

— l'inconduite de la mère ne doit pas être une fin de non-recevoir car elle ne suffit pas à exclure un lien de filiation. S'il apparaît au juge que la paternité d'un tiers est possible, celui-ci ne doit pas pouvoir refuser de subir un prélèvement sanguin ou une expertise morphologique (sous peine de sanctions pénales).

Mais nous avons dit que la mère pouvait refuser de dévoiler l'identité du père dans l'acte de naissance. Elle ne désire donc pas, à ce moment-là, l'établissement de la filiation paternelle. Mais elle peut le désirer plus tard, et l'enfant de son côté peut le vouloir. Il faut donc autoriser l'établissement ultérieur de la filiation en justice. Cette instance se déroulera selon les modalités indiquées précédemment pour le cas où, dès la naissance de l'enfant, l'homme dénie la paternité que lui a attribuée la mère. Il serait bon d'admettre alors que le délai ne peut courir tant que la mère ou l'enfant sont dans l'impossibilité matérielle ou morale d'agir.

Quant à la reconnaissance volontaire de paternité, nous pensons qu'elle devrait être précédée d'une enquête préalable, confiée au procureur de la république, et destinée à vérifier que la paternité n'est pas impossible. En effet il ne pourrait y avoir lieu à reconnaissance volontaire de paternité que quand la mère n'aurait pas déclaré le

(3) En effet, si la mère estime inopportune la révélation de la paternité, elle désignerait alors comme père n'importe quel homme uniquement pour satisfaire à l'obligation légale. Ce serait détourner cette mesure de son but.

père dans l'acte de naissance. Du point de vue de la vérité, ce seul fait justifierait un contrôle sur la véracité de la reconnaissance.

En ce qui concerne la filiation paternelle légitime, la présomption de l'article 312 serait maintenue.

Elle conserverait la même force qu'aujourd'hui (sous réserve d'une action en désaveu plus largement ouverte) lorsque la maternité résulterait de l'acte de naissance.

Elle subsisterait aussi lorsque l'action en réclamation d'état d'enfant légitime devrait être intentée (cette action serait rarement nécessaire si la mention du nom de la mère sur les registres de l'état civil était obligatoire).

Mais la mère ou le véritable père pourraient alors être autorisés par le tribunal à s'opposer au jeu de la présomption, à condition de démontrer la non-paternité du mari, et pour l'amant sa propre paternité.

S'agissant maintenant de la contestation du lien de filiation, la recherche de la vérité devrait conduire à des réformes importantes surtout en matière de filiation légitime.

Pour la filiation naturelle, il suffirait de consacrer la jurisprudence actuelle en matière d'annulation de reconnaissance, même suivie de légitimation.

Le désaveu au contraire devrait être profondément modifié.

— Il devrait être subordonné à la simple preuve de l'impossibilité de paternité établie par tous moyens et donc notamment par l'expertise sanguine.

— Il ne devrait plus être réservé au mari car l'égoïsme et la vengeance risquent trop souvent d'inspirer son inaction. Mais permettre inconditionnellement à l'amant de contester la paternité du mari, même pour établir la sienne, risquerait d'être aussi dangereux. La rancune contre la femme qui revient vers son mari est aussi néfaste que la rancune contre la femme qui est partie vers son amant. C'est pourquoi, tout en estimant souhaitable la fin du monopole marital, il ne nous paraît pas bon d'accorder sans réserve l'initiative de l'action à l'amant. De même, la mère ne devrait pas pouvoir, d'une manière générale, faire éclater son adultère car ici encore les pressions de l'amant ou le ressentiment à l'égard du mari dicteraient trop souvent sa conduite. Il nous semble que l'arbitrage d'un magistrat pourrait être la moins mauvaise solution. Saisi par une demande émanant de la mère ou du véritable père, il apprécierait en fonction des intérêts de tous l'opportunité d'une telle action.

Ces suggestions sembleront peut-être hardies. Notons, une fois encore, qu'elles ne visent nullement, écartant tout autre souci que celui de la vérité, à obliger la filiation juridique à s'aligner sans

aucune restriction sur la filiation biologique. La vérité n'est pas une « recette », c'est une valeur.

Mais un souci de la vérité plus grand que dans le Droit actuel nous paraît dicté par l'esprit de plus en plus scientifique de notre siècle et par les conséquences dangereuses, sur le plan humain, auxquelles conduit un droit de la filiation qui fait une trop large place à la fiction.

Le législateur doit avoir le souci d'accorder le Droit à la mentalité positive d'un siècle scientifique et technique. Le Droit ne peut ignorer cette évolution sous peine de faire perdre aux justiciables leur confiance en la Justice. L'homme d'aujourd'hui n'est plus contraint à un acte de foi en face des réalités de la vie et surtout il entend que toutes les conséquences soient tirées de ce que la science, ou même la simple observation, lui enseignent.

A cet égard, les réactions des étudiants auxquels on expose les solutions de la jurisprudence en matière de réclamation d'état d'enfant légitime, sont très significatives. Tous se montrent choqués par le succès du mari et le rejet des prétentions du véritable père. Les explications juridiques que l'on peut leur fournir sont insuffisantes pour les convaincre de la justice et de la nécessité d'une telle solution.

Le législateur doit aussi être animé par un souci moral et humain. Le souci d'accorder le Droit à la mentalité technique ne justifierait pas en effet les positions nouvelles si l'homme et la famille devaient en souffrir. Mais la vérité, ici, ne sacrifie pas l'homme et la famille. Ce sont les fictions actuelles qui créent les situations désespérées : les enfants sont trop souvent livrés par le Droit à un homme qui ne les revendique que pour se servir d'eux comme une arme dans sa lutte contre sa femme et son rival ; les maris sont révoltés de ne pouvoir désavouer un enfant s'ils savent qu'il n'est pas le leur. Combien de fois ne faut-il pas rechercher dans les règles du Code civil et l'application qui en est faite l'explication des malheurs d'un enfant !

Sans doute y a-t-il dans toute société des « mensonges vitaux », « il est des vérités qui peuvent tuer un peuple » (4) et aussi une famille. Mais nous croyons que plus souvent la vérité fait vivre. Le Droit ne doit pas oublier ce que la pédagogie, la psychanalyse modernes nous ont appris dans le domaine familial : la dure vérité y est finalement plus salubre et plus libératrice que les pieux mensonges et les conventions sous lesquelles on tente, non sans danger, de refouler la réalité et la vie.

(4) GIRAUDOUX, « Electre », acte II, scène 8.

Vu,
Le Président de la thèse :
P. COULOMBEL.

Vu,
*Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques
de Nancy :*
D. TALLON.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Nancy :
P. IMBS.

BIBLIOGRAPHIE

I. — MANUELS, TRAITES, OUVRAGES GENERAUX, THESES.

- ARNION (J.-M.) : *L'aide sociale à l'enfance*, Paris, 1958.
- Association H. Capitant* : *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, 1956, p. 495.
- AUBRY (C.) et RAU (C.-F.) : *Cours de droit civil français* :
T. I par PONSARD (A.), 7^e édition, Paris, 1964.
T. VII par ESMEIN (P.), 7^e édition, Paris, 1962.
T. IX par ESMEIN (P.), 6^e édition, Paris, 1953.
- BARANEZ (Y.) : *Essai sur quelques aspects des conflits de paternité en droit français contemporain*, Paris, 1951.
- BARBARIN (J.) : *La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, du Concile de Trente à la Révolution française*, Paris, 1960.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. IV par CHENEAX, 3^e édition, Paris, 1907.
- BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) : *Cours de droit civil français*, t. III par BRETON (A.), 2^e édition, Paris, 1936.
- BLOQUEL (H.) : *Etude sur la recherche de la paternité*, Paris, 1900.
- BOGROS (L.) : *Essai sur les conséquences juridiques de la filiation naturelle de fait*, Clermont-Ferrand, 1923.
- BOISSIÈRE (H.) : *L'enfant adultérin en droit positif français*, Bordeaux, 1945.
- BONNIER (E.) : *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888.
- CARBONNIER (J.) : *Droit civil*, t. I, II, 8^e édition, Paris, 1969.
— *Sociologie juridique : Sociologie du droit de la famille, cours donné à la Faculté de Droit de Paris (année de parution non précisée)*.
— *Sociologie juridique : Directions de recherche, 1963-64 (ces 2 ouvrages sont dactylographiés)*.
- CHEMIN (B.) : *Les enfants déclarés nés de père et de mère inconnus*, Bordeaux, 1959.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.) : *Traité de droit civil français refondu par JULLIOT de la MORANDIÈRE*, t. I, Paris, 1957.
- COLOMBET (C.) : *Essai sur l'évolution de la présomption de paternité légitime*, Paris, 1961.
- CONSOLO (J.) : *Les conflits de paternité en droit français moderne*, Paris, 1949.

- DABIN (J.) : La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Paris, 1935.
- DECOCQ (A.) : Essai d'une théorie générale sur les droits de la personne, Paris, 1960.
- DEMOGUE (R.) : Code civil annoté, Paris, 1935.
- DEMOLOMBE (C.) : Cours de Code Napoléon :
Tome V : Traité de la paternité et de la filiation, Paris, 1866.
Tome III : Traité du mariage et de la séparation de corps, Paris, 1865.
- DERRIDA (F.) : L'obligation d'entretien, Alger, 1947.
- DOMAGES (R.) : Le corps humain dans le commerce juridique, Paris, 1956.
- DURANTON (M.) : Cours de droit civil français, 4^e édition, Paris, 1911.
- FALLOUX (R.) : La juridiction correctionnelle du tribunal civil en matière de recherche de la paternité, Paris, 1927.
- GÉNY (F.) : Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, 1919.
— Science et technique en droit privé positif, Paris, 1924.
- GOCUEY (A.) : Les reconnaissances et légitimations de complaisance, Toulouse, 1959.
- GRAULICH (P.) : Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime, Liège, 1951.
- GRUPHY (A.) : L'analyse du sang comme mode de preuve, Paris, 1959.
- HANNEZO (C.) : L'insémination artificielle de la femme, Nancy, 1953.
- HUET (A.) : Les conflits de lois en matière de preuve, Paris, 1965.
Institut national d'Etudes démographiques : Recherches sur la fécondité biologique, Paris, 1961.
- LANDREAU (D.) : Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil, Paris, 1965.
- LAURENT (F.) : Principes de droit civil français, t. III, Paris, 1870.
Le maintien et la défense de la famille par le Droit : Série de conférences données par les professeurs de la Faculté de Droit de Nancy, Paris, 1930.
- LEGEAIS (R.) : Les règles de preuve en droit civil, Paris, 1955.
Les institutions sociales de la France, La Documentation française, 1963.
- LÉVY-BRUHL (H.) : La preuve judiciaire, Paris, 1964.
- LOCRÉ : La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. VI, Paris, 1827.
— Esprit du Code Napoléon, t. V.
- MARCADE (V.) : Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. II, 5^e édition, Paris, 1852.
- MARTIN de la MOUTTE (J.) : L'acte juridique unilatéral, Paris, 1951.
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.) : Droit civil, t. I et II, 4^e édition, 1967.
- MAZEAUD (H.-L. et J.) : Leçons de droit civil, t. I, 4^e édition, Paris, 1967.
- MOREL (R.) : Traité élémentaire de procédure civile, Paris, 1949.
- NORMAND (J.) : Le juge et le litige, Paris, 1965.
- PÉLISSIER (J.) : Les obligations alimentaires, Paris, 1961.
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.) : Traité pratique de droit civil français. t. II : La famille, par ROUAST (A.), 2^e édition, Paris, 1952.
- RENARD (G.) : Le droit, l'ordre et la raison, Paris, 1927.
Renouveau des idées sur la famille : Publication de l'Institut national d'Etudes démographiques, Paris, 1954.

- REZETTE (P.) : Date de la conception et source de la légitimité, Lille, 1942.
- RIOU (A.) : Les filiations frauduleuses, Paris, 1951.
- RIPERT (G.), BOULANGER (J.) : Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, Paris, 1956, mise à jour de 1961.
- ROLAND (H.) : Chose jugée et tierce opposition, Paris, 1958.
- ROUBIER (P.) : Le Droit transitoire, Paris, 1960.
- SAVATIER (R.) : Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris, 1964.
- Le droit, l'amour et la liberté, Paris, 1964.
- La recherche de la paternité, Paris, 1927.
- SELLES (M.) : De la contestation pour inexactitude de la reconnaissance des enfants naturels, Alger, 1945.
- Sociologie comparée de la famille contemporaine* : Publication du Centre national de la Recherche scientifique, Paris, 1955.
- SOLUS (H.), PERROT (R.) : Droit judiciaire privé, t. I, Paris, 1961.
- TALLON (H.) : L'action alimentaire de l'enfant adultérin, Paris, 1962.
- TALLON-FROUIN (I.) : De la preuve de la filiation adultérine, Strasbourg, 1945.
- Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1950-1951.
- VOUIN (R.) : Précis de droit pénal spécial, Paris, 1953.
- WEISS (A.) : Traité théorique et pratique de droit international privé, t. VI, Paris, 1913.

II. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS.

- ALBAUT : Conclusions J.C.P., 1951.6046.
- AUDINET (E.) : Notes S., 1922.1.113 ; S., 1927.1.297.
- AYMOND (P.) : Observations J.C.P., 1946.3325.
- BAILLY (P.) : L'article 315 du Code civil et la condition des enfants nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage, Rev. trim. dr. civ., 1949.372.
- BARBIER (P.) : L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation, Rev. trim. dr. civ., 1949.345.
- BARRÈRE (J.) : L'action en contestation de paternité par les héritiers du mari, D., 1960, chr. 91.
- BATIFFOL (A.) : Notes S., 1929.1.227 ; S., 1939.1.63 ; S. 1941.25.
- BERR (C.-J.) : Les tendances du droit contemporain en matière de conflits de filiation, Rev. trim. dr. civ., 1964.635.
- BESSON (A.) : Observations J.C.P., 1930.350.
- BETEILLE : Conclusions G.P., 1954.2.55.
- BEUDANT (C.) : Note D., 1867.1.5.
- BIENAIMÉ (J.) : Les pères de rechange, G.P., 1951.2.D.5.
- BINET (P.) : Notes D., 1907.289 ; D. 1914.1.261.
- BOULBÈS (R.) : Observations J.C.P., 1960.12460 ; J.C.P., 1961.11923-11950 ; J.C.P., 1964.13601 ; J.C.P., 1965.14217 et 14460 ; J.C.P., 1966.14904.
- De quelques problèmes soulevés par la recherche de maternité légitime lorsque l'enfant a été préalablement reconnu par son père, J.C.P., 1958.1.1427.
- Réflexions sur la preuve par témoins du concubinage notoire de l'article 340 du Code civil, J.C.P., 1959.1.1506.
- L'attribution de la nationalité française par filiation dans le cas où existe un conflit de paternités aggravé par un conflit de lois, Mélanges Maury, t. I, p. 75.

- Les deux cas où l'enfant peut être désavoué par simple dénégation, J.C.P., 1968.I.2144.
- BOYER (L.) : Les effets des jugements à l'égard des tiers. Rev. trim. dr. civ., 1951.163.
- BRETON : Observations J.C.P., 1941.1607.
— Note D., 1956.646.
- CACHIA (M.) : Les conflits de filiation en droit français, Rev. trim. dr. civ., 1953.613.
- CARBONNIER (J.) : Notes D., 1935.152 ; D.C., 1942.113 ; D., 1947.507 ; D., 1949.585 ; D., 1950.593.
— Terre et ciel dans le droit français du mariage. Le droit français au milieu du xx^e siècle, études offertes à G. Ripert, t. I.325.
— V^{ls} Famille, législation et quelques autres, in Mélanges Savatier, p. 135.
- CASSIN (R.) : Note S., 1922.1.321.
- CAVARROC (R.) : Observations J.C.P., 1948.4634.
- CHAPELET (P.) : La réforme judiciaire et ses options, S., 1959, chr. 37.
- CHARLES (F.) : Le secret de l'abandon, son évolution. Sauvegarde de l'enfance, 1947 (juin-juillet), 40.
- CHAVEGRAIN (E.) : Note S., 1887.1.65.
- CHEVALLIER (J.) : Le contrôle de la Cour de Cassation sur la pertinence de l'offre de preuve, D., 1956, chr. 37.
- COLIN (A.) : De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de filiation, Rev. trim. dr. civ., 1902.257.
- COLOMBET (C.) : Note D., 1962.577.
— La condition de l'enfant adultérin dans la jurisprudence récente. La vie judiciaire, 1965, n° 998.
- CONNELY : Note S., 1879.1.337.
- COSNARD (H.-D.) : Note D., 1957.602.
— L'autorité des actes et des jugements d'état dans la législation moderne française, Rev. trim. dr. civ., 1961.5.
- COURTAIGNE : Reconnaissances ou galéjades ? Bulletin de la Fédération des avoués de France, juillet 1963.
- DALLANT (R.) : Note D.P., 1932.2.145.
— Observations J.C.P., 1938.685.
- DAMOUR : Conclusions D.P., 1938.2.46.
- DAVID (R.) : Note S., 1940.2.57.
- DELAUME (G.-R.) : Observations J.C.P., 1950.5287.
- DELPECH (H.) : Observations J.C.P., 1951.6312.
— Conclusions J.C.P., 1955.8699 bis ; J.C.P., 1960.11671.
- DEMOGUE : Note S., 1923.2.33.
- DEPAULE : Observations J.C.P., 1951.6028.
- DESBOIS (H.) : Observations J.C.P., 1942.1819 ; J.C.P., 1948.4616.
— Chroniques à la Rev. trim. dr. civ à partir de 1955.
— L'influence des découvertes scientifiques sur le droit des personnes et de la famille et sur la procédure civile. Journées juridiques de la société de législation comparée, 1965.32.
- DEVILLENEUVE (L.-M.) : Notes S., 1850.1.705 ; S., 1852.2.641.
- DUPARCQ (A.) : Note D., 1902.89.
- ESMEIN (P.) : Notes S., 1936.1.17 ; S., 1941.1.1.
— Notes D., 1957.200 ; D., 1963.349 ; D. 1964.193 ; D., 1966.120.

- Observations J.C.P., 1954.8081-8093 ; J.C.P., 1955.8515-8718, J.C.P., 1956.9128-9327-9577 ; J.C.P., 1957.9729-9931-10125-10216 ; J.C.P., 1958.10503-10557-10577-10648 ; J.C.P., 1959.10952-10968 ; J.C.P., 1960.11531 ; J.C.P., 1961.12314 ; J.C.P., 1962.12551-12597-12734-12755.
- La preuve de la filiation naturelle et la condition des enfants adultérins ou incestueux, G.P., 1955.2.D.21.
- Les pères nourriciers, G.P., 1956.2.D.3.
- Etudes statistiques* : Supplément au Bulletin mensuel de statistiques, 1963.
- FABRE : Conclusions J.C.P., 1965.14421.
- FLURER : Note D., 1887.2.1.
- FOYER (J.) : Filiations, successions : quelles réformes ? Notre République, 24 septembre 1965.
- FRANCK (E.) : Pourquoi refuser l'action alimentaire à l'enfant naturel ? D., 1968, chr. 85.
- FRÉJAVILLE (M.) : Note D., 1957.679.
- GAROLA-GIUGLARIS (L.) : Le fondement du droit de visiter et d'héberger l'enfant, D., 1965, chr. 1.
- GARRAUD : La vérité sur la recherche de paternité, Rev. crit., 1884.590.
- GAUDEMET (E.) : Chroniques à la Rev. trim. dr. civ. de 1919 à 1932.
- GÉNY (F.) : Notes S., 1930.1.256 ; S. 1931.1.41.
- CERVESIE (P.) : Note S., 1952.2.53.
- GIVERDON (C.) : Note D., 1953.523 ; D. 1955.413.
- GIVORD (F.) : Note D., 1952.729.
- GOBERT (M.) : Réflexions avant une indispensable réforme du droit de filiation, J.C.P., 1968.D.2207.
- GUÉNÉE (L.) : Note D., 1898.1.97.
- GUIHO (P.) : Essai d'une théorie générale du droit de visite, J.C.P., 1952.1.963.
- GULPHE (P.) : Conclusions J.C.P., 1963.13378.
- HAMELIN (J.) : L'évolution juridique : biologie et droit civil, G.P., 1950.1.D.52.
- HARDOUIN (J.) : Chronique Rev. crit. lég. jur., 1938.461.
- HÉBRAUD (P.) : Note S., 1945.2.49.
- En collaboration avec M. MADRAY : D., 1945, L., 189.
- HOLLEAUX (G.) : Notes D.C., 1941.108 ; D.C., 1942.85 ; D.C., 1943.110 ; D.C., 1944.47.103 ; D., 1947.52.76 ; D., 1948.6.321 ; D., 1949.597 ; D., 1952.182 ; D., 1953.445 ; D., 1959.45.293 ; D., 1960.354-381-445-510-545-681-738 ; D., 1961.7.285-557-702-733 ; D., 1962.101-141-269-321.
- Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français, Rev. intern. dr. comp., 1953.473.
- De la filiation en droit allemand, suisse et français, 1966.
- HOUIN (R.) : Une réforme nécessaire : la créance alimentaire des enfants adultérins et incestueux, J.C.P., 1946.I.521.
- Une enquête sur l'application du droit dans la pratique, Rev. trim. dr. civ., 1950.18.
- HUGUENEY (L.) : Notes S., 1924.1.113.
- JOLY (A.) : Observations J.C.P., 1957.10252.
- JULLIOT de la MORANDIÈRE (L.) : Note D.C., 1941.37.
- L'ordre public en droit privé interne. Etudes à la mémoire d'H. Capitant, 381.
- LABBÉ (J.-E.) : Notes S., 1879.1.337 ; S., 1888.1.97.

LACARDE-BEQUIGNON (Madame C.) : Note S., 1945.1.61.

LACARDE (G.) : Note S., 1947.2.81.

— Chroniques à la Rev. trim. dr. civ. de 1933 à 1955.

LACARDE (P.) : Observations à la Rev. crit. dr. intern. privé, 1965.551 ; 1966.49.

— Remarques sur le délai de l'action en désaveu de paternité. Mélanges Voirin, p. 492.

LACRANGE (E. de) : Notes D., 1936.1.118 ; D., 1957.253.

LALOU (H.) : Notes D., 1925.2.91 ; D., 1933.59 ; D.C., 1951.4.

LEBRUN (A.) : Notes D., 1934.2.105 ; D.P., 1939.1.73.

LE BRETON (H.) : Note S., 1935.2.57.

LE BRIS (R.-F.) : Note D., 1963.482.

LE FLECH (J.-F.) : Note J.C.P., 1949.5141.

LEGEAIS (R.) : Observations J.C.P., 1955.8550.

LELONG (M.), en collaboration avec SOULÉ (M.) et WEIL (S.) : Problèmes sociaux et affectifs posés sur l'abandon d'un enfant. Sauvegarde de l'enfance, 1955.426.

LEMONTEY (J.) : L'article 342 *bis* nouveau du Code civil, J.C.P., 1960.I.1575.

LENOAN (R.) : Notes D., 1948.213 ; D., 1952.172 ; D., 1953.569.

LEVASSEUR (G.) : Juris Classeur civil, articles 312 à 342.

LÉVY (R.) : Rev. crit. lég. jur., 1926.77.

— Rapport à la Société d'études législatives. Bull. soc. ét. lég., 1919.29.

LINDON (R.) : Note D., 1965.212 ; concl. D., 1967.525 et D., 1968.485.

LOMBOIS : Les chiffres en droit civil. Annales de l'Université de Poitiers. 1952.15.

LOUIS-LUCAS (P.) : Vérité matérielle et vérité juridique. Mélanges offerts à R. Savatier, 583.

LYON-CAEN (C.) : Conclusions S., 1897.1.434.

LYON-CAEN (G.) : Conclusions G.P., 1940.2.154.

MALAUURIE (P.) : Observations J.C.P., 1967.15055 *bis*.

— Notes D., 1956.605 ; D., 1960.548 ; D., 1961.47 ; D., 1962.521 ; D., 1967.525-581 ; D., 1968.485.

MARNIÈRE (E. Sallé de la) : Note D., 1959.157.

— Service juridique de la protection de l'enfance, 1964.3.67.

— L'enfant revendiqué, D., 1962, chr. 21.

MARTIN (L.) : Observations J.C.P., 1960.11566.

MASSE (G.) : Note S., 1861.1.929.

MAURY (J.) : De la formation des catégories juridiques en matière de contestation de la paternité légitime. Mélanges Roubier, t. II.149.

MAZEAUD (J.) : Observations J.C.P., 1948.4080-4252-4394 ; J.C.P., 1952.7075 ; J.C.P., 1954.8204.

MAZEAUD (H.) : Note S., 1925.1.313.

MERGER (R.) : L'insémination artificielle, J.C.P., 1957.I.1389.

MERLE (R.) : Une pratique dangereuse : la recherche clandestine des preuves scientifiques de la paternité, D., 1952, chr. 165.

MICHAELIDÈS-NOUAROS (G.) : La preuve de la paternité et le progrès de la science, Rev. intern. dr. comp., 1957.44.

MICHEL (R.) : Le juge chargé de suivre la procédure, J.C.P., 1956.I.1304.

MIMIN (P.) : Note D., 1935.1.17.

- La présomption d'illégitimité de l'article 315 du Code civil doit-elle demeurer irréfragable ? D., 1959, chr. 261.

MONTERA (F. de) : Observations J.C.P., 1957.9903-10336.

MOREL (R.) : Notes S., 1942.1.141 ; S., 1944.1.17.

MOTULSKY (H.) : Observations J.C.P., 1963.13191.

- Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. Etudes de droit contemporain, t. I, 2.

MOURGEON (L.) : Le secret de l'accouchement et l'abandon à l'assistance publique, G.P., 1963.2.D.65.

MOURRE : Conclusions S., 1815-1818.409.

MOUSSERON (J.-M.) : Les modes d'établissement de la maternité d'une femme mariée et la règle d'attribution de la paternité à son époux, J.C.P., 1961.I.1637.

NEPVEU : Conclusions J.C.P., 1962.12583.

NERSON (R.) : Note D., 1959.580

- Observations J.C.P., 1957.10177 ; J.C.P., 1958.8516-10394 ; J.C.P., 1960.11690 ; J.C.P., 1962.12513.
- Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial. Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à G. Ripert, t. I.403.
- Observations sur l'article 337 du Code civil. Mélanges offerts à P. Roubier, t. II.201.
- Réflexions sur la notion de filiation illégitime. Mélanges offerts à J. Brèthe de la Gressaye, p. 575.

NIBOYET (J.-P.) : Note S., 1925.1.305.

NOIREL (J.) : Mariage 1960 : le mariage posthume, S., 1960, chr. 15.

OPPETIT (B.) : Les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle, Rev. trim. dr. civ., 1967.740.

PAGEAUD (P.-A.) : Observations J.C.P., 1951.6393.

PÉAN (G.) : Observations J.C.P., 1943.2328 ; J.C.P., 1944.2532.

PERREAU (E.-H.) : Notes S., 1900.2.81 ; S., 1920.2.105.

PIEDELIEVRE : Conclusions G.P., 1944.1.36.

PILLET (A.) : Note S., 1925.1.49.

PLANQUEL (A.) : Notes S., 1946.2.78 ; S., 1962.2.96, S., 1964.314.

POCHON (G.) : Procédure dirigée. D., 1961, chr. 73.

PONSARD (A.) : Observations Clunet, 1962.696.

- Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil. Mélanges offerts à R. Savatier, 778.
- Les techniques biologiques et le droit de la famille. Conférence donnée au Centre européen universitaire de Nancy en mars 1962.

PONTAVICE (E. du) : Droit de la famille et droit au bonheur. Mélanges offerts à M. le professeur Voirin, 1967, p. 678.

PRADEL (J.) : Note D., 1964.621.

RALINCOURT (J.) : Réflexions sur l'article 339 du Code civil, J.C.P., 1958.I.1442.

RAMEAU (H.) : Observations J.C.P., 1954.7937.

RASSAT (M.-L.) : Père de droit et père de fait, Rev. trim. dr. civ., 1967.249.

RAYNAUD (P.) : Notes D., 1958.149.561.

- Observations J.C.P., 1953.7907 ; J.C.P., 1955.8637-8702 bis.

RIPERT (G.) : Encyclopédie Dalloz, Voir Filiation, Filiation légitime, Filiation naturelle.

- Note D., 1908.I.161.
 - La condition des enfants adultérins après les lois des 15 juillet 1955 et 5 juillet 1956, D., 1956, chr. 133.
- RODIÈRE (R.) : Notes D., 1945.107.
- Observations J.C.P., 1945.2794.
- ROUAST (A.) : Notes D., 1925.I.177 ; D., 1926.I.225 ; D., 1928.1.65 ; D., 1935.1.5 ; D.C., 1942.69 ; D., 1945.201 ; D., 1954.397 ; D., 1955.742 ; D., 1956.148.213, D., 1957.80.159 ; D., 1958.149 ; D., 1959.8.61 ; D., 1962.508 ; D., 1965.507 ; D., 1966.20 et 369 ; D., 1968.41 et 705.
- Observations J.C.P., 1947.3770 ; J.C.P., 1956.9602 ; J.C.P., 1957.9941-10070 ; J.C.P., 1959.11104 ; J.C.P., 1963.13362 ; J.C.P., 1964.13521.
 - Notes à la Rev. crit. lég. jur., 1915.1924.70 ; 1924.67.74.
 - La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage, Rev. trim. dr. civ., 1927.137.
 - Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime, Rev. trim. dr. civ., 1941.223.
 - La Sécurité Sociale et le droit de la famille. Le droit privé français au milieu du xx^e siècle. Etudes offertes à G. Ripert, t. I.346.
 - Les réformes réalisées en faveur des enfants illégitimes par la loi du 15 juillet 1955, J.C.P., 1955.I.1269.
 - Le bout de l'oreille, J.C.P., 1956.I.1339.
- ROUSSIER (J.) : Opinions anciennes sur les grossesses prolongées. Etudes d'histoire du droit offertes à P. Perrot, 473.
- Les longues grossesses dans l'ancien Droit. Etudes historiques à la mémoire de N. Didier, 275.
- RUBEN de COUDER (J.) : Notes S., 1914.I.153.
- SARRUT (L.) : Note D., 1923.I.57.
- SAUJOT (C.) : La condition juridique des enfants adultérins, Rev. trim. dr. civ., 1956.443.
- SAVATIER (J.) : Notes D., 1947.20 ; D., 1954.132 ; D. 1960.241.
- Observations J.C.P., 1949.5160 ; J.C.P., 1950.5253-5275-5572-5853 ; J.C.P., 1951.6046-6526 ; J.C.P., 1952.7287-7299 ; J.C.P., 1953.7515-7527-7601-7813-7822 ; J.C.P., 1954.8343 ; J.C.P., 1955.8516-8938 ; J.C.P., 1958.10603-10755.
 - Les légitimations de complaisance, D., 1950, chr. 9.
- SAVATIER (R.) : Notes D., 1920.2.61 ; D., 1921.I.233 ; D., 1925.1.201 ; 1926.1.89 ; D., 1928.1.113 ; D., 1932.1.73 ; D., 1937.2.45 ; D., 1949.170 ; D., 1960.10 ; D., 1961.514-521 ; D., 1964.700.
- Observations J.C.P., 1952.6772-7104 ; J.C.P., 1954.8080 ; J.C.P., 1962.12461 ; J.C.P., 1963.13453.
 - Un enfant peut-il se voir attribuer légalement plusieurs pères ou plusieurs mères ? D.H., 1934, chr. 84.
 - L'insémination artificielle. Cahier Laënnec.
 - Recherche des groupes sanguins et preuve de la filiation. Cahiers Laënnec, 1949.
 - Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie, D., 1948, chr. 33.
 - Est-ce possible ? D., 1963, chr. 229.
- SIMONNET (H.) : Note S., 1929.I.209.
- SINAY (H.) : Les conventions sur les pensions alimentaires, Rev. trim. dr. civ., 1954.228.
- SOUDÉ (J.) : Observations J.C.P., 1951.6527 ; J.C.P., 1952.6817 ; J.C.P., 1954.8432 ; J.C.P., 1955.8778-8867 ; J.C.P., 1956.9074 ; J.C.P., 1957.9955-10197.
- La revendication d'enfant légitime, G.P., 1953.2.D.65.
 - La recherche judiciaire de filiation légitime concernant un enfant déjà reconnu par son père naturel, G.P., 1954.1.D.45.
- STOEANOVICI (C.-A.) : Chose jugée et état civil, Rev. trim. dr. civ., 1934.547.

- TALLON (D.) : Notes D., 1956.206-586 ; D., 1958.89.
- TALLON-FROUIN (I.) : Observations J.C.P., 1966.14641.
- THÉRY (R.) : Les personnes à charge et le droit de la famille, J.C.P., 1948.I.739.
— Le concubinage en France, Rev. trim. dr. civ., 1960.33.
- TISSIER (A.) : Note S., 1909.2.313.
- TROCHU (M.) : L'impuissance, D., 1965, chr. 153.
- VAN REEPINGHEN (C.) : Le rôle du juge dans le procès civil, Rev. dr. intern. dr. comp., 1962.191.
- VASSEUR (M.) : Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure, Rev. trim. dr. civ., 1950.439.
- VERDUN (R.) : Conclusions J.C.P., 1939.1215.
— Preuves et atteintes à la personne, J.C.P., 1949.I.758.
- VERON (M.) : Volonté du père et reconnaissance d'enfant, Rev. trim. dr. civ., 1967.521.
- VIALLETON (H.) : Note S., 1926.1.337.
- VINEY (G.) : Du droit de visite, Rev. trim. dr. civ., 1965.225.
- VOIRIN (P.) : Notes D.P., 1934.2.33 ; D.P., 1938.2.13 ; D.C., 1943.36 ; D., 1945.3 ; D., 1958.165.
- VU VAN MAU : Les engagements d'entretien des enfants adultérins à travers la jurisprudence récente, J.C.P., 1953.I.1121.
- WAHL (A.) : La recherche de la paternité d'après la loi du 16 novembre 1912, Rev. trim. dr. civ., 1913.5.
- WEILL (A.) : Observations J.C.P., 1954.8309 ; J.C.P., 1955.9017.

III. — DROIT ETRANGER ET COMPARE.

- All England Reports*, 1948.2.412.
- BARTHOLOMEW : Nature and use of blood-group evidence in The Modern law review, 1961.
- DODINVAL : L'examen hérédo-biologique, Journal des tribunaux (belges), 1965.257.
- DÖLLE : Familienrecht, t. II, 1965.
- DUNNEBIER : Chronique in Driz, 1951.193.
- GILLOTTE : Traité de droit musulman, 1860.
- HALSBURY'S Laws of England, t. III.
- HARRASSER : Chronique in N.J.W., 1962.659.
- Journées juridiques de la société de législation comparée*, 1965.
- Juris Classeur de droit comparé* (2 vol.).
- KEITER : Chronique in N.J.W., 1953.291.
- Le droit libanais*, publication de l'Institut de droit comparé de Paris et de Lyon, 1963.
- LEVASSEUR : Les divergences entre les droits positifs français et québécois en matière de filiation légitime, in La revue du barreau de la province de Québec, 1963.85.
- LHOSPIED : Etude sur la recherche de paternité en droit comparé, 1914.
- MADKOUR : Comparaison entre le droit de la famille en France et en Egypte, Poitiers, 1956.
- MAYRAND : La preuve de la non-paternité, in La revue du barreau de la province de Québec, 1965.177.

- MIGNAULT : Droit civil canadien, t. II.
 MILLIOT : Introduction à l'étude du droit musulman, 1953.
 STAUDINGER : Commentaire du B.G.B. sous article 1592.
Revue asienne de droit comparé, 1963, vol. 1, n° 14.
 STORME : L'action *ad exhibendum* en droit belge, *Journal des tribunaux*, 1965.309.
 TEPLITSKI : Chronique in N.J.W., 1963.382.
 WICHMANN : Chronique in N.J.W., 1963.383.
 ZANGEMEISTER : Chronique in *Das Recht*, 10 août 1947.

ABREVIATIONS ALLEMANDES.

B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch.
B.G.H.	Bundesgerichtshof.
B.G.H.Z. ...	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
D.R.I.Z.	Deutsche Richterzeitung.
J.W.	Juristische Wochenschrift.
J.Z.	Juristenzeitung.
L.G.	Landesgericht.
M.D.R.	Monatsschrift für deutsches Recht.
N.D.S.	Niedersächsische Rechtspflege.
N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift.
O.G.H.Z. ...	Deutsche Oberster Gerichtshof für die britische Zone.
O.L.G.	Oberlandesgericht.
R.G.Z.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.P.F.L.	Der Deutsche Rechtspfleger.
Z.P.O.	Zivil Prozessordnung.

IV. — OUVRAGES MEDICAUX.

- BALTHAZARD : Précis de police scientifique, 1922.
 BIESSY : Contribution à l'étude des grossesses prolongées, Th. Lyon. 1953.
Bulletin de la Fédération des sociétés de gynécologie et d'obstétrique, année 1957, t. IX. Rapport du Congrès de Marseille sur les grossesses prolongées.
 CEILLIER : Annales de Médecine légale, 1947.134.
 CHAUMONT : Détermination de la date probable de la conception, Annales de médecine légale, 1961.110.
 CHRISTIAENS : La recherche de paternité par les groupes sanguins, 1939.
 FOURCADE : A propos de l'action en désaveu de paternité, Annales de médecine légale, 1946.20.
 GUYOMAR : A propos des grossesses prolongées, Le concours médical, 5 juillet 1963, n° 27. p. 4643.
Cynécologie et obstétrique, 1940.283.
 HUMMEL : Considérations sur les grossesses prolongées, Th. dactyl., Strasbourg, 1957.
 KNOWN et GIBSON : Period of gestation, *British medical journal*, 3 mai 1952.
 LUCKE : Etude critique et hormonale de la grossesse prolongée, Th. dactyl., Lyon, 1958.

- MEHL : Techniques allemandes pour les recherches de paternité, Annales de médecine légale, 1946.289.
- La recherche de la paternité en Alsace sous l'occupation allemande, Annales de médecine légale, 1946.285 (en collaboration avec M. SIMONIN).
- MARTIN : Les grossesses dites prolongées, Th. Lyon, 1931-1932.
- PRÉDELIEVRE-FOURNIER : Médecine légale, 1963.
- PLANQUES et RUFFIE : Toulouse Médical, 1950.391.
- ROSAZ : Grossesse normale et grossesse prolongée, Th. Lyon, 1957.
- ROSTAND (J.) : L'hérédité humaine, 1952.
- SIMONIN : Médecine légale judiciaire, 1955, en collaboration avec M. MEHL : voir ce nom.
- SOUBEIRAN : De l'impuissance sexuelle en matière de désaveu de paternité, Th. Montpellier, 1901.
- THELIN : L'insémination artificielle, Annales de médecine légale, 1947.209.
- VOUTE : Les grossesses prolongées, Th. Toulouse, 1953.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

LIVRE PREMIER

LA VERITE SUBORDONNEE A L'INTERET DE LA FAMILLE EN MATIERE DE FILIATION LEGITIME	9
---	---

PREMIÈRE PARTIE

VERITE ET ETABLISSEMENT DE LA FILIATION LEGITIME ..	13
---	----

TITRE PREMIER

LE SOUCI DE LA VÉRITÉ ET LA DÉTERMINATION DE LA LÉGITIMITÉ	15
---	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Les entorses à la vérité dans la définition légale de la légitimité</i>	17
--	----

§ 1. Les assouplissements au lien nécessaire entre la légitimité de l'enfant et le mariage de ses parents	18
---	----

A. Situation de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage de ses parents	20
---	----

B. Situation de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de ses parents	21
--	----

§ 2. Les approximations légales concernant la date de la conception	25
---	----

A. Les discussions possibles sur les durées extrêmes des grossesses ..	25
--	----

B. Les réticences dans la recherche du moment exact de la conception	30
--	----

CHAPITRE II. — <i>Les entorses à la vérité résultant d'une possibilité de choix de l'enfant</i>	35
---	----

§ 1. Première option de l'enfant : légitimité d'origine ou légitimité acquise .	38
A. Les solutions de la jurisprudence	38
B. Appréciation critique des solutions de la jurisprudence	41
§ 2. Seconde option de l'enfant : filiation légitime ou filiation naturelle ..	43

TITRE II

LES LIMITES A LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ DANS LA PREUVE DE LA FILIATION LÉGITIME	45
--	----

SOUS-TITRE PREMIER

LA VÉRITÉ ET LA PREUVE EXTRA-JUDICIAIRE DE LA FILIATION LÉGITIME ..	47
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les inexactitudes et omissions de l'acte de naissance</i> ..	49
Section I. — Les filiations secrètes	50
§ 1. Les actes de naissance incomplets	50
§ 2. Les actes de naissance artificiels	51
A. Les enfants abandonnés	51
B. Les enfants adoptés	55
Section II. — Les filiations mensongères	55
§ 1. Les actes de naissance erronés	56
A. Les erreurs concernant la mère	56
B. Les erreurs concernant l'enfant	57
§ 2. Les actes de naissance usurpés	58
CHAPITRE II. — <i>La possession d'état et la vérité</i>	61

SOUS-TITRE II

LA VÉRITÉ ET LA PREUVE EN JUSTICE DE LA FILIATION LÉGITIME	65
CHAPITRE PREMIER. — <i>Le souci de la vérité dans l'établissement de la maternité</i>	67
Section I. — L'amenuisement des conditions de recevabilité de l'action	68
§ 1. L'élargissement du cercle des demandeurs	68
A. La recherche de la maternité : prélude à l'établissement d'une filiation légitime complète	68
B. La recherche de la maternité : prélude à un désaveu de paternité	72
§ 2. Le refus d'appliquer l'article 342 C. civ.	75
Section II. — L'élargissement des conditions de preuve	79
CHAPITRE II. — <i>Les entorses à la vérité résultant de la présomption de paternité</i>	83
Section I. — Les hésitations de la jurisprudence dans l'application de la présomption de paternité	84

§ 1. La présomption de paternité subordonnée à la cohabitation des époux	85
§ 2. La présomption de paternité subordonnée à la conviction de paternité du mari	86
§ 3. La présomption de paternité subordonnée à la condition de ne pas heurter une évidence contraire	87
<i>Section II.</i> — L'application intégrale de la présomption de paternité dans la jurisprudence actuelle	89
§ 1. La paternité : effet réflexe de la maternité	89
§ 2. Le droit exclusif du chef de famille de renverser la présomption de paternité	92
A. L'article 339 du Code civil	92
B. L'article 325 du Code civil	95
1. Le mari seul utilisateur de l'article 325	95
2. L'admission de tous les modes de preuve	98

DEUXIÈME PARTIE

VERITE ET CONTESTATION DE LA FILIATION LEGITIME ..	101
--	-----

INTRODUCTION : <i>La contestation de légitimité</i>	102
---	-----

PREMIÈRE SOUS-PARTIE

LES OBSTACLES A LA VERITE DANS LA CONTESTATION DE LA MATERNITE	105
---	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>La fin de non-recevoir de l'article 322 C. civ.</i>	107
--	-----

CHAPITRE II. — <i>L'exercice de l'action en contestation</i>	113
--	-----

DEUXIÈME SOUS-PARTIE

LES OBSTACLES A LA VERITE DANS LA DISCUSSION DE LA PATERNITE	117
---	-----

TITRE PREMIER

LA VÉRITÉ DANS LE DÉSAVEU DE PATERNITÉ	119
--	-----

SOUS-TITRE PREMIER

LA VÉRITÉ ET L'EXERCICE DE L'ACTION EN DÉSAVEU	121
--	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>La rigueur des délais d'exercice de l'action</i>	123
---	-----

<i>Section I.</i> — Le point de départ des délais	126
---	-----

§ 1. Le point de départ du délai imparti au mari	127
A. La connaissance certaine et personnelle de la naissance	127
B. Un cas particulier : l'aliénation mentale du mari	130

§ 2. Le point de départ du délai imparti aux héritiers du mari	132
<i>Section II. — La prorogation des délais</i>	134
§ 1. L'interruption du délai	135
§ 2. Le relevé de forclusion en cas de force majeure	135
<i>Section III. — La charge de la preuve en matière de délais</i>	138
§ 1. Le rôle des parties	138
§ 2. Le rôle du tribunal	140
CHAPITRE II. — Les cas limités d'ouverture de l'action	145
<i>Section I. — Désaveu et circonstances de la conception</i>	146
<i>Sous-Section I. — Impossibilité de la conception malgré l'obligation légale de cohabitation entre les époux</i>	147
§ 1. Désaveu pour éloignement	147
A. L'éloignement du mari	148
1. La distance séparant les époux	148
2. Les circonstances accompagnant l'éloignement du mari	149
B. La date de l'éloignement du mari	150
C. L'insémination artificielle	151
§ 2. Désaveu pour impuissance accidentelle	154
A. Impuissance accidentelle et maladie du mari	156
B. Impuissance accidentelle et stérilité du mari	156
C. Impuissance accidentelle et stérilité de la femme	158
<i>Sous-Section II. — Improbabilité de la conception en raison de l'absence légale de cohabitation entre les époux</i>	159
§ 1. Conception de l'enfant au cours d'une instance en divorce	159
A. Le point de départ du délai de 300 jours	160
B. La réunion de fait	163
§ 2. Conception de l'enfant avant le mariage de ses parents	166
A. Le souci de la vérité opposé au caractère péremptoire du désaveu par simple dénégation	167
B. Le souci de la vérité opposé au caractère péremptoire des fins de non-recevoir	169
<i>Section II. — Désaveu et circonstances de la grossesse et de la naissance : le recel</i>	175
§ 1. Le recel de la naissance	176
A. L'élément matériel : la dissimulation de la grossesse ou de l'accouchement	176
B. L'élément intentionnel : l'aveu tacite de non-paternité du mari .	179
1. L'ignorance du mari ne suffit pas	179
2. La nécessité d'une « volonté consciente et délibérée de dissimulation de la part de la femme »	180
3. La non-paternité du mari doit être la cause de l'attitude de de la femme	181
§ 2. L'adultère de l'épouse	182
§ 3. La preuve de non-paternité du mari	183

Sous-Titre II

LA VÉRITÉ ET LA PREUVE PAR L'EXPERTISE SANGUINE EN MATIÈRE DE DÉSAVEU DE PATERNITÉ	187
CHAPITRE PREMIER. — <i>Pouvoir du juge d'ordonner une expertise sanguine demandée par un plaideur</i>	191
Section I. — Les objections scientifiques	191
§ 1. La valeur scientifique du procédé	192
§ 2. La reconnaissance par les tribunaux de la valeur scientifique du procédé	195
Section II. — Les objections juridiques	195
§ 1. Les objections tirées du droit de la filiation	195
A. Irrecevabilité de la demande	195
1. Le problème en droit positif	195
2. Le problème en législation	198
B. Non pertinence de la demande	200
§ 2. Les objections découlant des droits de la personnalité	202
A. Les éléments de la discussion	202
B. La position de la jurisprudence	204
CHAPITRE II. — <i>Pouvoir du juge d'ordonner d'office une expertise sanguine</i> ..	207

TITRE II

LA VÉRITÉ DANS L'ACTION EN CONTESTATION DE PATERNITÉ DE L'ARTICLE 315 C. CIV.	215
CHAPITRE PREMIER. — <i>Large ouverture de l'action en contestation</i>	217
CHAPITRE II. — <i>Caractère péremptoire de l'action en contestation</i>	221
CONCLUSION	225
I. — Souci de la vérité et cohésion de la famille légitime	225
II. — Souci de la vérité et inétreit de l'enfant	229
III. — Quelques raisons du souci croissant de la vérité dans le droit de la filiation légitime	233

LIVRE DEUXIÈME

LE SOUCI DE LA VÉRITÉ EN MATIÈRE DE FILIATION ILLEGITIME	237
---	-----

PREMIÈRE PARTIE

VÉRITÉ ET FILIATION NATURELLE SIMPLE	241
--	-----

TITRE PREMIER

RECONNAISSANCE DE L'ENFANT NATUREL ET VÉRITÉ	243
--	-----

SOUS-TITRE PREMIER

LA LIBRE CRÉATION DU LIEN DE FILIATION NATURELLE	247
--	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>La création du lien de filiation naturelle par la seule volonté</i>	249
--	-----

Section I. — La puissance créatrice de la seule volonté	249
---	-----

§ 1. L'inefficacité des mentions de l'acte de naissance	250
---	-----

§ 2. L'inefficacité de la possession d'état	253
---	-----

Section II. — L'absence de tout contrôle sur la véracité de la reconnaissance	254
---	-----

CHAPITRE II. — <i>Les limites au pouvoir de la volonté dans la création du lien de filiation naturelle</i>	259
--	-----

Section I. — Cas où l'efficacité de la reconnaissance est subordonnée à sa vraisemblance	260
--	-----

§ 1. Les cas particuliers	261
---------------------------------	-----

A. La reconnaissance du père avec indication de la mère	261
---	-----

B. La reconnaissance dans la légitimation « post nuptias »	263
--	-----

§ 2. L'article 342 bis : l'existence d'une filiation naturelle antérieurement établie	265
---	-----

Section II. — Cas où l'efficacité de la reconnaissance est subordonnée aux intérêts de la famille légitime	270
--	-----

SOUS-TITRE II

LA FACILITÉ DE CONTESTATION D'UNE RECONNAISSANCE INEXACTE	275
--	-----

CHAPITRE PREMIER — <i>Contestation directe de la véracité d'une reconnaissance</i> .	277
--	-----

Section I. — L'attribution extensive de la qualité de demandeur	278
---	-----

Section II. — Les facilités de preuve	285
---	-----

Section III. — L'allocation de dommages-intérêts	289
--	-----

CHAPITRE II. — <i>Contestation indirecte de la véracité d'une reconnaissance attaquée pour vice de consentement</i>	295
---	-----

TITRE II

RECHERCHE JUDICIAIRE DE LA PATERNITÉ NATURELLE ET VÉRITÉ	299
--	-----

INTRODUCTION : <i>La recherche judiciaire de la maternité naturelle</i>	302
---	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'élargissement par les tribunaux des cas d'ouverture de l'action</i>	309
--	-----

<i>Section I. — La conception large de la séduction</i>	313
§ 1. Éléments constitutifs et preuve de la séduction	314
§ 2. La séduction : cause déterminante des relations	317
<i>Section II. — La définition extensive du concubinage</i>	320
§ 1. La souplesse de la notion de concubinage	321
§ 2. La souplesse dans l'exigence de la notoriété du concubinage	327
<i>Section III. — La prise en considération très étendue de l'aveu de paternité</i>	330
§ 1. Libéralisme de la jurisprudence quant à l'existence de l'aveu	331
A. Les formes de l'aveu	332
B. La certitude de l'aveu	335
1. Le caractère non équivoque de l'aveu	335
2. La possibilité d'un aveu implicite	336
3. L'examen des circonstances accompagnant l'aveu	336
§ 2. La sincérité de l'aveu	338
<i>Section IV. — Le libéralisme de la jurisprudence en matière de participation à l'entretien de l'enfant</i>	340
§ 1. La conception large de l'acte d'entretien	340
§ 2. L'appréciation de la cause des actes d'entretien	341
CHAPITRE II. — <i>Le souci de la vérité dans l'appréciation par les tribunaux des fins de non-recevoir à l'action</i>	345
<i>Section I. — Les efforts des tribunaux pour subordonner à la vérité la fin de non-recevoir tirée de l'infidélité de la mère</i>	348
§ 1. L'appréciation de l'existence du commerce de la mère avec un autre individu	349
§ 2. La tendance à comparer la date de ce commerce et la date réelle de la conception	351
<i>Section II. — Le large domaine d'utilisation de l'analyse comparée des groupes sanguins</i>	353
CHAPITRE III. — <i>Le souci de la vérité dans la solution donnée par les tribunaux aux problèmes de procédure</i>	361
<i>Section I. — Les problèmes relatifs à la qualité de demandeur ou de défendeur</i>	362
§ 1. Les facilités données à la mère demanderesse	362
§ 2. La participation personnelle à l'instance du défendeur mineur ..	364
§ 3. La possibilité de l'action au cas de décès du père prétendu	365
<i>Section II. — Les facilités d'agir résultant de la conception jurisprudentielle des causes de la demande</i>	367
<i>Section III. — La quasi-impossibilité d'élargir des délais impératifs</i>	371
§ 1. Point de départ et brève durée des délais	373
§ 2. Prorogation exceptionnelle des délais	376
CONCLUSION	383

DEUXIÈME PARTIE

VÉRITÉ ET FILIATION NATURELLE ADULTÉRINE 387

TITRE PREMIER

LE REFUS DU DROIT FRANÇAIS

DE PROCLAMER LA VÉRITÉ EN MATIÈRE DE FILIATION ADULTÉRINE 391

CHAPITRE PREMIER. — *Le faible souci de la vérité dans la détermination de la qualité d'enfant adultérin* 393*Section I.* — Les hésitations possibles sur la nature véritable d'une filiation 394

§ 1. L'application à la filiation naturelle de la présomption légale de durée des grossesses 394

§ 2. La non-application à la filiation naturelle de la présomption de paternité 396

Section II. — Le choix de l'enfant : principe de solution au service de la vérité 337CHAPITRE II. — *Vérité et casuistique dans la prohibition de l'établissement d'une filiation adultérine* 401*Section I.* — L'établissement de la filiation à l'égard du parent marié : les tempéraments à l'interdiction 401

§ 1. Les restrictions à la disparition effective d'une filiation adultérine .. 402

§ 2. Les incertitudes de la jurisprudence dans la proclamation exceptionnelle du lien de filiation adultérine 404

A. L'établissement indirect de la filiation adultérine par un jugement 404

B. L'établissement direct de la filiation adultérine : prélude à une légitimation 408

Section II. — L'établissement de la filiation à l'égard du parent célibataire : le recul des limitations 410

TITRE II

LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE LA VÉRITÉ

EN MATIÈRE DE FILIATION ADULTÉRINE :

L'OBLIGATION ALIMENTAIRE 415

CHAPITRE PREMIER. — *L'œuvre de la jurisprudence : l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant adultérin fondée sur la croyance* 417*Section I.* — Croyance et vérité dans la cause de l'obligation 418*Section II.* — Croyance, vérité et volonté dans la preuve de l'obligation .. 420

§ 1. Croyance et vérité dans la preuve de l'obligation naturelle 420

§ 2. Vérité et volonté dans la preuve de l'obligation civile 423

<i>Section III.</i> — Sort de la promesse d'aliments en présence d'une filiation contraire légalement établie	427
§ 1. Sort de la promesse d'aliments lorsque l'enfant est postérieurement reconnu par un tiers	428
§ 2. Validité de la promesse d'aliments lorsque l'enfant est légitime ..	431
 <i>CHAPITRE II.</i> — <i>La loi du 15 juillet 1955 : l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant adultérin fondée directement sur la réalité</i>	435
<i>Section I.</i> — Le souci de la vérité dans l'attribution de l'action	437
<i>Section II.</i> — Le souci de la vérité dans la preuve exigée des deux parties	443
 CONCLUSION GÉNÉRALE	447
 BIBLIOGRAPHIE	455

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PARIS -- 1327

Dépôt légal : 3^e Trimestre 1969

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON

77, rue du Cardinal-Lemoine

PARIS (5^e)

N^o 281

22-9-69

